Geis.
43-3

J. B. Geiger.

BIBLIOTHECA REGIA MONACENSIS.

<366042844900018

Bayer. Staatsbibliothek

Merkwürdige

Rechtsfälle

und

Abhandlungen

aus

allen Theilen der Rechtsgelehrsamkeit mit

beygefügten Urtheilen und Gutachten der

Erlangischen Juristenfacultät

von

Johann Burkhard Geiger

und

Christian Friedrich Glück

Hofräthen und öffentlichen ordentlichen Rechtslehrern auf der Königl. Preußischen Friedrich-Alexanders Universität.

Dritter Band.

Erlangen

verlegt bey Johann Jacob Palm. 1806.

BIBLIOTHECA
REGIA
MONACENSIS

Bayerische
Staatsbibliothek
München

Vorrede.

Nach einer Pause von mehr als zehen Jahren erscheint hiermit der dritte Band unserer Rechtsfälle. Zwar hätte die sehr günstige Aufnahme der beyden erstern Bände uns zur frühern Fortsetzung dieses Werks ermuntern können, es würde uns auch bey der Menge von Acten, mit denen die hiesige Juristen-Facultät überladen ist, an Stoff zur Bearbeitung nie gefehlt haben; wenn nur die Menge der Facultätsarbeiten, und die mit unserm Berufe verknüpften lästigen Nebenämter uns mehr Muse zur Schriftstellerey gestatten wollten. Vielleicht würde auch dieser Band sobald noch nicht erschienen seyn, wenn nicht ohnlängst bey Gelegenheit einer Recension dieser Rechtsfälle in einem allgemein gelesenen Blatte die Besorgniß wäre geäußert worden, als ob eine Fortsetzung unsers Unternehmens fast nicht mehr zu hoffen sey, nachdem seit der Erscheinung des zweyten Bandes nun schon eine so geraume Zeit verstrichen ist. Die in diesem Bande enthaltenen Rechtsfälle sind nicht lauter Facultätsarbeiten. Mehrere der-

selben sind Privatgutachten, als Nr. XXXV. XXXVI. XXXVII. XXXVIII. und XLII. Wir schmeicheln uns jedoch, daß auch die hier bearbeiteten Fälle sowohl in Ansehung der Materie als der Form für unsere Leser einiges Interesse haben werden. Da die Menge der Rechtsfragen, zu denen nicht selten ein Rechtsfall Anlaß gab, nicht immer in der Ueberschrift desselben hat bemerkt werden können, so ist diesem Mangel durch eine vollständigere Inhaltsanzeige abgeholfen worden.

Erlangen den 19. Dec. 1805.

die Verfasser.

Inhalt.

XXXIV. Das von einer schwangern Ehefrau errichtete Testament, worin dieselbe auf den Fall, wenn sie nach ihrem zu gebährenden Kinde versterben sollte, ihren Mann zum Erben einsetzt, ist an sich nicht ungültig. (Glück.) S. 1—21.

1) Bey gerichtlichen Testamenten kommt es mehr auf den gerichtlichen Glauben als auf eine gewisse Form an. Sie können folglich nicht nach den Grundsätzen, die bey den Privattestamenten gelten, beurtheilt, noch die Regel; *quod, si vel minima solemnitas desit, testamentum sit nullum*, hier angewendet werden. Wäre auch selbst durch die Schuld des Richters ein Versehen bey der Aufnahme des Testaments vorgegangen, so würde doch eher für die Rechtsbeständigkeit, als für die Ungültigkeit des Testaments zu sprechen seyn. Es kann daher auch die Unterlassung der bey der Aufnahme in den Landesgesetzen verordneten Befragung des Testirers, ob er durch jemand beredet, oder sonst ungebührlich zum Testament veranlaßt worden, oder ob es sein eigener freyer und wohlbedächtiger letzter Wille sey, keine Nichtigkeit verursachen. (§. 6.) 2) Die in dem Testamente einer Mutter geschehene Einsetzung eines Fremden auf den Fall, wenn sie nach ihrem zu gebährenden Kinde versterben sollte, ist für keine Präterition zu halten, sondern schließt eine stillschweigende Einsetzung dieses Kindes in sich. (§. 7.) 2) Die *L. 16. D. de vulg. et pup. subsitut.* redet blos vom Vater, und solchen Kindern, die noch in seiner väterlichen Gewalt sind. (§. 8.) Selbst die Präterition der Postumorum in einem mütterlichen Testamente wirkt keine Ruption, sondern begründet bloß die Inofficiositätsklage. (§. 9.) 4) Zuredungen und Schmeicheleyen, wodurch ein Ehegatte sich in dem Testamente des andern einen vortheilhaften Platz zu verschaffen gewußt hat, machen das Testament nicht null. (§. 14.)

Inhalt.

XXXV. Rechtsgutachten über die Wirkung eines bedingten Vermächtnisses, dessen Bedingung auf eine positive Handlung des eingesetzten Erben gestellt ist, die blos von seiner Convenienz abhängen soll. (Glück.) S. 28.—47.

1) Vermächtnisse müssen nach der Billigkeit und so erklärt werden, daß die Absicht des Testirers nicht vereitelt wird. (§. 5.) 2) Bey bedingten Vermächtnissen muß mehr auf die Absicht des Testirers, als auf die Worte gesehen werden. (§. 5.) Die Clausel des Vermächtnisses, wenn es dem Erben gelegen seyn wird (*cum ipsi videbitur*) betrift blos die Auszahlung des Vermächtnisses, welche zwar der Erbe bis an seinen Tod verschieben, allein von seinen Erben sogleich gefordert werden kann. (§. 9. u. 19.) 4) Bedingungen müssen auf die Art, wie der Testirer vorgeschrieben hat, erfüllet werden. Man darf daher nicht von der Person abgehen, von der die Bedingung, oder mit welcher sie erfüllet werden soll. (§. 12.) Nur bey dem legato libertatis machen die Gesetze eine Ausnahme. (§. 13.) 5) Soll ein Vermächtniß von den Verkaufsgeldern eines Hauses auf den Fall entrichtet werden, wenn der Erbe den Verkauf seiner Convenienz gemäß halten wird, so ist es ein bedingtes Vermächtniß, und zwar ist diese Bedingung blos auf die Person des Erben beschränkt. Sie ist also pro deficiente zu halten, wenn die Bedingung bey Lebzeiten des Erben nicht existirt. (§. 15. u. folg.)

XXXVI. Ueber die Wirkung der vom Testirer mit der Uebertretung seines letzten Willens verknüpften Strafe der Privation. (Glück.) S. 47—53.

1) Eine Strafe, die der Testirer den Uebertretern seines letzten Willens drohet, darf durchaus nicht nach den Grundsätzen gesetzlicher Strafen beurtheilt werden. Sie tritt daher ein, wenn dem Willen des Erblassers entgegen gehandelt wird, die Handlung mag an sich rechtlich und erlaubt seyn,

oder nicht. (§. 24.) 2) Den Minderjährigen kann jedoch die Handlung des Vormundes nicht zum Nachtheil gereichen.

XXXVII. Rechtliches Gutachten über die Gültigkeit einer vom Vater eigenmächtig unternommenen Veräußerung eines sehr beträchtlichen praedii adventitii der Kinder. (Glück.) S. 54—131.

Die Anerkennung einer Urkunde betrift nur die Richtigkeit aber nicht die Beweiskraft derselben. (§. 16.) 2) Eine Anerkennung der Urkunde als richtig ratione formae berechtiget zu dem Schluß, daß auch der Inhalt wahr sey. (§. 17. u. 18.) Es findet jedoch 3) gegen den Inhalt einer ratione formae als richtig anerkannten Urkunde ein Beweis statt; (§. 19.) auch selbst gegen ein schriftliches Schuldbekenntniß, so wie gegen Urkunden über wechselseitige Rechtsgeschäfte, ist ein Gegenbeweis zulässig. (§. 20.). 4) Die Einrede des Irrthums verdient nur in sofern rechtliche Entschuldigung, als dem Irrenden keine große Nachlässigkeit zur Last fällt. (§. 21. u. 22.) 5) Urkunden über wechselseitige Rechtsgeschäfte dienen nur unter den Interessenten zum Beweis, nicht gegen einen Dritten, wenn dieser nicht etwa als Successor eines der Interessenten zu betrachten ist. (§. 23. u. 24.) Außerdem sind 6) Privaturkunden, auch diejenigen, welche über wechselseitige Rechtsgeschäfte errichtet worden, in Ansehung dritter Personen nur als unbeschworne Zeugnisse anzusehen. (§. 25.) In sofern sie jedoch 7) sowohl den iustum acquisitionis titulum des Klägers als den modum acquirendi enthalten, beweisen sie auch gegen den Dritten, welcher ein schwächeres Recht hat. (§. 25.) 8) Die Veräußerung eines praedii adventitii der Kinder, welches der Vater als sein vermeintliches Eigenthum verkauft hat, ist ungültig; (§. 28. u. 29.) wenn auch 9) zufälliger Weise Umstände eintreffen sollten, unter welchen der Vater das Grundstück, als Guth der Kinder, habe verkaufen können. (§. 31. u. 32.) Es ist auch 10) in Absicht auf die Veräußerung des peculii adventitii der Kinder kein Unterschied, ob es bona materna oder andere adventitia sind; (§. 32.) jedoch ist 11) der Va-

ter an die wörtlichen Veräußerungsursachen der L. 8. §. 4. et 5. C. de bonis quae lib schlechterdings gebunden, und darf daher so wenig wegen irgend einer andern, wenn gleich noch gröfsern factischen Nothwendigkeit, als um des bloßen Nutzens willen eine Veräußerung unternehmen; (§. 33—35.) und wenn gleich 12) zur Gültigkeit einer solchen Veräußerung weder eine causae cognitio, noch ein Decret des Richters erforderlich ist, (§. 36. u. 37.) so kann doch 13) der Vater das peculium adventitium der Kinder nicht suo nomine, d. i. als sein Eigenthum gültig veräußern, sondern die Veräußerung ist ihm anders nicht. als filiorum nomine, d. i. als das Eigenthum seiner Kinder, und daher ausdrücklich auch in ihren Namen, und lediglich in der Absicht, ihre Geschäfte zu besorgen, erlaubt, wenn sie für die Kinder verbindlich seyn soll. (§. 38—43.) 14) Der Beweis von dem Daseyn einer rechtmäsigen Veräußerungsursache liegt dem Beklagten ob. (§. 45—52.)

XXXVIII. Rechtliches Gutachten betreffend die Rechtsfrage: ob wegen entwendeter Obligationen die Vindicationsklage Statt habe? (Glück.) S. 132—137.

1) Die teutsche Parömie: Hand muß Hand wahren, ist den Grundsätzen des Röm. Rechts entgegen, und findet daher h. z. T. in der Regel nicht mehr Statt, als sofern sie Gesetze oder das Herkommen bestätigen. (§. 3.) 2) Nach dem Röm. Rechte können auch Urkunden vindicirt oder mit der actione ad exhibendum auch von dem dritten Besitzer abgefordert werden. Das nämliche muß auch von Schuldscheinen gelten. (§. 4.)

XXXIX. Liegt bey der Spesennachnehmung nach dem Handelsgebrauche eine Cession zum Grunde, wenn ein Fuhrmann bey Uebernehmung der Fracht dem Spediteur die Spesen bezahlt; oder ist das Geschäft für eine bloße Anweisung zu halten, und findet also

der

der Regreß gegen den Spediteur Statt, wenn dem Fuhrmann bey Ablieferung der Güter die Spesen nicht wieder vergütet worden sind? (Glück.) S. 138—152.

1) Eine Cession wird nicht vermuthet, sondern die Uebertragung einer Forderung nur für eine Assignation gehalten. (§. 13.) 2) Diese Grundsätze müssen auch als Regel gelten, wenn ein Spediteur sich von dem Fuhrmann, dem er die Waaren zum Verladen übergiebt, die ihm davon gebührenden Spesen bezahlen läßt, solang ein Anderes nicht erwiesen ist. (§. 14.) 3) Dem Fuhrmann steht deshalb kein Zurückhaltungsrecht gegen den Herrn der Waaren zu, weil ihm der Frachtbrief nur unter der Bedingung seinen Lohn zusichert, wenn er die Waaren richtig und zur rechten Zeit abgeliefert hat. Ihm fällt daher auch keine Schuld zur Last, wenn er vor erhaltener Bezahlung die Waaren abliefert. (§. 15.) 4) Es ist auch kein Assignatar schuldig, den angewiesenen Zahler zu belangen. (§. 16.) 5) Kaufmännische Pareres haben keine entscheidende Kraft, sondern sind als bloße Gutachten anzusehen. (§. 17.)

XL. Eine mit der Codicillarclausel versehene Schenkung auf den Todesfall, in welcher ein Ehegatte dem andern, mit Uebergehung seiner Eltern, sein gesammtes Vermögen hinterlaßen hat, ist nicht ganz ungültig, sondern die Eltern können nur blos den Pflichttheil, nicht aber zugleich auch die Trebellianische Quarte fordern. (Geiger.) S. 153—164.

1) Die gesetzlichen Vorschriften von pflichtwidrigen Testamenten, worin Notherben übergangen sind, lassen sich nicht schlechthin auf Schenkungen anwenden. (§. 7.) 2) Die Querela inoff. donationis findet nur bey pflichtwidrigen Schenkungen unter den Lebendigen Statt. Bey Schenkungen auf den Todesfall haben die Notherben das beneficium Falcidiae, oder nach dem neuern Röm. Recht deducendae legitimae. (§. 8.) 3) Auch eine liebloſe Schenkung unter den lebendigen kann

nur in Ansehung des Pflichttheils rescindirt werden. (§. 9.) 4) Auf die angehängte Codicillarclausel kann hier nichts ankommen, weil die Schenkung auf den Todesfall für sich selbst gilt. Es kann daher auch von einem Abzug der trebell. Quarte keine Frage seyn, da die Verordnungen des kanonischen Rechts, welche den Notherben bey Fideicommissen einen doppelten Abzug gestatten, auf Schenkungen von Todeswegen nicht anwendbar sind. (§. 11.)

XLI. Fürstliche Personen können nicht verweigern, den ihnen zugeschobenen Haupteid, und den Diffessionseid in eigener Person zu schwören, wenn es der Gegentheil verlangt. (Geiger.) S. 164—173.

1) In Deutschland müssen auch fürstliche Personen in ihren Privatangelegenheiten sich nach den gemeinen fremden Rechten richten lassen. Nach gemeinen Rechten aber muß ein jeder Eid persönlich abgeschworen werden. Kein Sachwalter wird ohne des Gegentheils Einwilligung zugelassen. Nur bey dem Eide für Gefährde erlaubt das kanonische Recht, daß solcher durch einen Specialbevollmächtigten abgelegt werden darf. (§. 3.) 2) Jeder Rechtsstreit muß nach den Prozeßordnungen des Landes, wo er anhängig ist, geführt und beurtheilt werden; und diesen müssen sich auch personae illustres unterwerfen. (§. 4.) 3) In den Reichsgesetzen kommen nur einzelne Fälle vor, in welchen die Fürsten von der persönlichen Eidesableistung befreyet seyn sollen, die aber alle von dem Haupteid im Prozeß ganz verschieden sind. (§. 5.) 4) Wenn auch bey den höchsten Reichsgerichten, der Observanz gemäß, deferirte Eide durch einen Anwalt abgeschworen werden können, so folgt daraus noch nicht, daß in reichsständischen Gerichten das nämliche geschehen müsse, besonders wenn die Prozeßordnung des Landes das Gegentheil vorschreibt. (§. 6.) Zwischen dem deferirten und dem Diffessionseide ist hierin kein Unterschied zu machen. (§. 7.)

Inhalt.

XLII. Rechtliches Gutachten über die Gültigkeit einer von einem Sterbenden auf lauter Fragen, welche ein Dritter an ihn gestellet hatte, gegen dessen Absicht errichteten Disposition. (Glück.) S. 174—206.

1) Auch ein Sterbender kann noch testiren, wenn er nur noch seinen Verstand hat, welches im Zweifel zu vermuthen ist. (§. 6.) Er muß nur aber 2) den Willen und die Absicht ein Testament zu machen, selbst freywillig geäußert haben. (§. 7.) 3) Zwang oder Betrug wird bey keinem Testamente vermuthet, sondern muß bewiesen werden. Bloße Ueberredungen, Bitten und Schmeicheleien schaden zwar sonst der Gültigkeit des Testaments nichts; (§. 9.) allein 4) bey einem Sterbenden werden sie einem solchen Zwange gleich geachtet, wodurch Ueberlegung und Freyheit des Willens aufgehoben wird. (§. 11.) 5) Ein Testament, welches auf Befragen eines Andern gemacht worden, ist an sich nicht ungültig, wenn der Testirer schon vorher Jemanden seinen letzten Willen freywillig eröfnet hatte, so daß dieser dem Fragenden schon bekannt gewesen, oder wenn wenigstens bey der an den Erblasser gestellten Frage alle Suggestion vermieden worden. (§. 13.) Es wird aber doch 6) immer vorausgesetzt, daß das Testament auf eine solche Art errichtet worden sey, daß in Absicht auf die Gewisheit des Willens des Testirers kein gegründeter Zweifel übrig ist. Daher gilt das Testament nicht, wenn auf eine specielle Frage, eine generelle Antwort erfolgte, oder wenn ein schon mit dem Tode Ringender, welcher gar nicht im Sinn hatte, ein Testament zu machen, gleichsam ex abrupto und wider seinen Willen befragt worden, und die Eilfertigkeit seiner Willenserklärung zeigt, daß er nur der Beschwerlichkeit des Fragens sich dadurch habe entledigen wollen. (§. 14.) 7) Ob Eltern unter ihren Kindern mündlich testiren können, ohne an die äussere Testamentsform gebunden zu seyn; ist in der Theorie sehr streitig. Nach dem heutigen Gerichtsgebrauche aber werden zwey Zeugen bey diesen für hinreichend gehalten. (§. 16.) 8) Eltern müssen ihre Kinder zu Erben einsetzen, wenn sie keine rechtmäßige Ursache haben, sie zu enterben, auch wenn sie ein privilegirtes Testa-

ment

ment unter ihren Kindern errichten. (§. 17. u. 18.) 9) Apanage ist kein Theil der Erbschaft, daher sind Söhne, denen blos diese ausgesetzt ist, nicht instituirt, sondern im rechtlichen Sinn für präterirt zu halten. (§. 19. 20.) 10) der Pflichttheil muß aus der Substanz des Nachlasses, und nicht aus künftigen Revenüen der Masse, gleichsam als eine Pension, hinterlassen werden. (§. 21.)

XLIII. Rechtliches Gutachten über die Frage: ob ein in Concurs gerathener Schuldner eine ihm während desselben angefallene Erbschaft zum Nachtheil seiner Gläubiger auszuschlagen befugt sey? (Glück) S. 207—245.

1) Durch die Eröfnung des Concurses wird dem Schuldner nur die Befugniß, über sein vorhandenes Vermögen zum Nachtheil seiner Gläubiger zu disponiren, entzogen, keinesweges aber wird ihm dadurch die Befugniß genommen, Erwerbungen zu verstossen, die noch nicht zu seinem Vermögen gerechnet werden konnten. Hierdurch veräussert er nichts von seinem Vermögen. (§. 10.) 2) Eine blos deferirte Erbschaft gehört noch nicht zu dem Vermögen des Erben, so lange sie noch nicht angetreten ist. (§. 11.) 3) Die Gesetze erlauben daher dem Schuldner unbedingt, eine ihm angefallene Erbschaft auszuschlagen. (§. 12.) 4) Der Schuldner ist nicht verbunden, sein Vermögen zum Vortheil seiner Gläubiger zu vermehren, er darf es nur nicht zum Nachtheil derselben verringern. (§. 13.) 5) Nur der Fiskus hat das Recht, einen von seinem Schuldner verstossenen Erwerb zu revociren. (§. 14.) 6) Das Recht, eine Erbschaft anzutreten, ist höchst persönlich, und steht niemandem zu, als dem die Erbschaft angefallen ist; nicht den Gläubigern. (§. 15.) 7) Die *L. 6. pr. et §. 2. D. Quae in fraud. creditor.* ist nicht blos von dem Fall zu verstehen, wenn der Schuldner noch vor dem Ausbruche des Concurses zum Nachtheil seiner Gläubiger eine ihm angefallene Erbschaft ausschlägt. Das Edict des Prätors von der Revocation der zum Nachtheil der Gläubiger unternommenen

nen Dispositionen des Schuldners geht auch auf den Fall, da der Schuldner während des Concurses zum Nachtheil seiner Gläubiger gehandelt hat. (§. 16.) 8) Fälschlich wird jene L. 6. von einigen ältern Rechtsgelehrten von einer künftigen noch nicht einmal angefallenen Erbschaft verstanden. (§. 17.) 9) Bey der Güterabtretung stehet dem Schuldner unstreitig das Recht zu, jeden Erwerb zu verstoßen, welcher ihm nach geschehener Cession anheim gefallen ist. (§. 19.) Nicht anders verhält sich die Sache 10) auch in dem Falle, wenn die Gläubiger eine Immission erhalten haben. (§. 20. ff.) 11) Daß der Schuldner erst ein Jahr nach dem Tode des Erblassers die ihm angefallene Erbschaft ausgeschlagen, schadet nichts, sofern er sich noch nicht pro herede gerirt hatte. (§. 25. u. 26.) 12) Der Erbe, welcher sich binnen einem Jahre, nachdem er von dem Anfall der Erbschaft Wissenschaft erhalten, nicht erklärt, wird deswegen eben so wenig ipso iure Erbe, als er darum sich der Erbschaft verlustig macht. (§. 27.)

XLIV. Ein Rechtsfall betreffend 1) die Frage, ob ein mit der Codicillar-Clausel versehenes Testament, worin der Sohn seinem Vater blos ein Vermächtniß hinterlassen hat, gültig sey? (Geiger) S. S. 246—254.

1) Daß den Kindern zustehende Recht, ein Testament zu machen, sobald sie die dazu erforderlichen Eigenschaften haben, kann ihnen durch die Ehepacten des Vaters nicht entzogen werden, wenn sie auch gerichtlich wären bestätiget worden. (§. 4.) 2) Kinder müssen ihre Eltern zu Erben einsetzen, sie sind als übergangen anzusehen, wenn sie gleich mit einem Legat wären bedacht worden. (§. 5.) 3) Durch die angehängte Codicillar-Clausel wird jedoch das Testament als ein Fideicommiß erhalten. (§. 6. u. 7.)

Inhalt.

XLV. 2) Wie ist der Pflichttheil des Vaters, im Falle der Concurrenz mit leiblichen Geschwistern des Erblassers, zu berechnen? (Geiger) S. 254—258.

1) Der Pflichttheil ist ein Theil der Intestaterbportion (§. 10.) Es müssen daher 2) bey der Berechnung des dem Vater gebührenden Pflichttheils die vollbürtigen Geschwister des Erblassers mit gezählt werden, weil sie mit dem Vater ein gleiches Intestaterbrecht haben. (§. 11. u. 12.)

XLVI. Wegen eines begangenen Ehebruchs wird eine Ehe nicht ipso iure aufgelößt, sondern erst durch richterliche Scheidung getrennt. Stirbt daher der unschuldige Ehegatte vor angestellter Ehescheidungsklage, so können die Erben desselben nicht weiter auf die Strafe der Privation klagen. (Glück) S. 259—269.

1) Privationsstrafen können weder durch die Erben des unschuldigen, noch gegen die Erben des schuldigen Theils durch eine Klage verfolgt werden, wenn der verstorbene unschuldige Theil die Klage nicht schon präparirt hatte. — 2) Sie setzen Ehescheidung, und nach dem kanonischen Rechte eine Separation vom Tisch und Bett als Bedingung voraus. — 3) Ausserdem steht den Erben des unschuldigen Theils nach dem kanonischen Rechte nur eine Einrede zu, um den schuldigen Ehegatten zurück zu weisen, wenn dieser auf die Zurückgabe des Heyrathsguts, und andere dem überlebenden Ehegatten an dem Vermögen des Verstorbenen sonst zustehende Vortheile klagt.

XLVII. Ist derjenige, bey welchem ausgepfändete Sachen eines Schuldners wider seinen Willen, jedoch auf Befehl des Richters, eingestellt, und in Sicherheit gebracht worden sind, im Fall einer geschehenen Entwendung derselben, zu deren Ersatz verbunden. (Glück) S. 270—289.

1) Ausgepfändete Sachen des Schuldners müssen gerichtlich verzeichnet, von verpflichteten Personen taxirt, und in gerichtliche

che Verwahrung genommen werden. (§. 17.) 2) Jede Uebereilung, auch selbst die geringste Unvorsichtigkeit macht den Richter quasi ex delicto verantwortlich, und begründet wider denselben eine actio in factum. (§. 18.) 3) Den Gerichtsunterthanen kann die Verwahrung solcher Sachen nicht wider ihren Willen aufgedrungen werden, da zu einem Depositum ausdrückliche oder stillschweigende Einwilligung der Contrahenten erfordert wird. (§. 19.) 4) Der Depositar ist überdem nur wegen eines doli oder einer culpae latae verantwortlich, jedoch ist hierbey auf den sonst gewöhnlichen Fleiß des Depositars Rücksicht zu nehmen, den er in seinen eigenen Sachen beobachtet; (§. 20. u. 21.) weshalb 5) dem Kläger der Beweis obliegt. (§. 22.)

XLVIII. Rechtliches Gutachten über die Ansprüche des Herrn Grafens Reuß zu Köstriz bey der Succession in die Herrschaft Gera. (Geiger) S. 290—305.

1) Das Geschlecht der H. H. Fürsten und Grafen Reuß theilt sich in die ältere und jüngere Linie, und besteht aus fünf Herrschaften. Die Erbfolge darin bestimmt der Hauptvertrag von 1668. nach welchem, wenn in der einen Stammlinie keine männlichen Lehenserben vorhanden seyn werden, der abgegangene Antheil an allen und jeden Herrschaften, Gütern und Lehen, sammt allen Regalien und Rechten, nur das Erbe ausgenommen, mit allen Patrimonial- und Lehen-oneribus. auf die andere überlebende Linie, jedoch nur auf diejenigen, welche Lehensfähig sind, nach den Stämmen fallen soll. (§. 1. 2.) 2) Eben so ist die Succession in den Unterlinien bestimmt. Jedoch wurde noch in einem Nebenreceß festgesetzt, daß die fünf Haupttheile nicht wieder subdividirt, sondern jedesmal auf den ältesten Sohn sammt der Regierung verfallen sollen. (§. 3.) 3) Wegen der Abfindung der nachgebohrnen Herren wurde von den Gr. Heinrich I. Besitzern der Herrschaft Schleiz, in einer am 1. Dec. 1679 errichteten väterlichen Disposition noch eine besondere Verfügung gemacht, (§. 4.) welche jedoch nachher

in

in einem von Ebendemselben am 25. May 1687. errichteten Testamente modificirt wurde. (§. 5.) 4) Noch besondere Bestimmungen wurden in dem Geschlechtsrecess vom J. 1681. und in dem vom J. 1690. wegen des Primogeniturrechts und der Abfindung der nachgebohrnen Herren gemacht, auch den letztern zur Sicherheit ihrer Deputate in jedem Hauptlandestheil und dessen Pertinenzen eine Generalhypothek bestellet. (§. 6. u. 7.) 5) Den Recess v. J. 1690. unterschrieb zwar G. Heinrich I. jedoch mit der Erklärung, dadurch von seinen der Primogenitur wegen getroffenen Dispositionen nicht abgegangen zu seyn. (§. 8.) 6) Mit dem Tode des Grafen Heinrichs XXX. jüngerer L. Reuß, regierenden Herrn zu Gera 1802. starb die Geraische Linie gänzlich aus. Nach den Hausgesetzen fiel zwar die Herrschaft Gera nebst Zubehörungen nun an die beyden Häuser Schleiz und Lobenstein, und zwar auf jedes zur Hälfte. Allein wegen der Köstritzer Linie entstanden Zweifel. (§. 9.) 7) Die Köstritzer Linie verlangt, daß ihr Ritter- und Allodialgüter zu dem ihr an der Herrschaft Gera anfallenden Deputate angewiesen werden sollen. Nun scheint zwar die Disposition des Gr. Heinrichs I. ihre Forderung nicht zu begünstigen. (§. 10.) Allein für sie spricht der Familienrecess v. J. 1690. (§. 10—14.) 8) Es verlangte außerdem der Erstgebohrne in der Köstritzer Linie, Herr Gr. Heinrich XLIII. von demjenigen Anfall, welcher von der Herrschaft Gera auf die Köstritzer Linie kommt, ein Drittel zum Voraus. (§. 15.) Dieser gebührt ihm mit Recht, weil nach der Disposition Heinrichs I. die in der regierenden Linie eingeführte Primogenitur auch auf die Nebenlinie erstreckt ist. (§. 16. 17.)

XLIX. Ein Fall aus dem peinlichen Rechte, eine von der Ehefrau und dem Schwiegervater dem Ehemann und Schwiegersohn zugefügte tödliche Verwundung betreffend. (Geiger.) S. 306—

Inhalt.

1) Eine Verletzung ist nicht für schlechterdings tödlich zu halten, welche durch dienliche Hülfsmittel hätte geheilet werden können. (§. 6.) 2) Das bloße Geständniß des Verbrechers ist nicht hinlänglich, wenn es mit der Deposition der Zeugen und andern Umständen in Widerspruch steht. (§. 7.) 3) Heftiger Grad des Zorns, wenn er aus einer gerechten Ursache entspringt, muß bey der Imputation der Handlung in vorzügliche Erwägung gezogen werden. (5. 7.) 4) Nothwehr ist auch zur Rettung eines Andern gestattet, und es hindert nichts, wenn schon der Angreifende mit keinem Instrument bewafnet gewesen, indem persönliche Stärke und Tapferkeit desselben den Mangel der Waffen ersetzt. (§. 8.) Ist der Urheber der eigentlich tödlichen Wunde nicht herauszubringen, so kann nur eine willkührliche Strafe erkannt werden. (§. 10.)

L. Rechtliches Gutachten über die Ehe eines Reichsritters mit einer Person vom niedern Stande. (Geiger.) S. 324.

1) Nach den Grundsätzen des protestantischen Kirchenrechts hängt die Gültigkeit einer Ehe lediglich von der priesterlichen Einsegnung ab. Hingegen ist die Gegenwart von Zeugen kein wesentliches Stück der Copulation, wenn sonst dieselbe durch den Trauschein bewiesen werden kann. Es schadet auch nichts, daß der Prediger nicht bestimmt angeben kann, ob er die Personen zur rechten oder zur linken Hand getrauet hat. (§. 3—4.) 2) Die Ehe eines Reichsritters mit der Tochter eines Landbäckers ist an sich keine Mißheyrath. Nur bey dem hohen Adel, zumal bey Fürsten ist die Ehe mit einer Person von bürgerlicher oder noch geringerer Herkunft für eine Mißheyrath zu halten. (§. 5.) 3) Ob eine Person pro vili et turpi zu halten, mit welcher die fränkische Ritterordnung den Cavalliren die Ehe verbietet, ist aus ihrer Aufführung und Lebensart zu beurtheilen, jedoch ist die Bestimmung darüber des Kaisers Majestät vorbehalten. (§. 6.) 4) Bey einer ungleichen Ehe kann die Wittwe auf die gewöhnlichen Wittwenrechte keinen Anspruch machen,

 son-

Inhalt.

sondern nur allenfalls Alimente fordern. (§. 7.) 5) Der Rechtssatz: *uxor sequitur forum et dignitatem mariti* gilt nur bey standesmäsigen Ehen. (§. 8.) 6) Adulterini können zwar h. z. T. vermöge der Canonischen Rechte durch die nachfolgende Ehe der Eltern legitimirt werden, so weit die Ehe unter den Eltern nicht verboten ist. Allein in Lehen können sie nicht succediren, wofern nicht etwa nach den besondern Gesetzen oder dem Herkommen des Lehnshofes den durch die nachfolgende Ehe der Eltern legitimirten Kindern ein Succeßionsrecht zusteht. (§. 9—11.) 7) Bey Lehenanwartschaften hat derjenige den Vorzug, welcher zuerst den Besitz des Lehens auf rechtmäßige Art erlangt hat. (§. 12.) 9) Adelichen Töchtern, die von der Succession in die Lehen- und Stammgüter ausgeschlossen sind, gebührt ein Heyrathsgut, und bis zu ihrer Verheyrathung der Unterhalt gleichsam als ein Pflichttheil. (§. 13.)

An-

Inhalt.

Anzeige

der in diesem dritten Bande erläuterten Gesetzstellen.

I.

Aus dem Römischen Rechte.

L. 32. D. depositi. S. 285.

L. 25. §. 8. D. de heredit. petit. S. 239.

L. 16. D. de vulg. et pup. substit. S. 17. folg.

L. 67. §. 1. et 2. D. ad SCtum Trebell. S. 217. folg.

L. 1. §. 12. D. Si quis omissa caus. test. S. 239.

L. 35. D. de acquir. rer. dom. S. 97.

L. 11. §. 6. D. de legat. III. S. 45. folg.

L. 6. pr. et §. 2. D. Quae in fraud. creditot. S. 225. 231.

L. 9. L. 10. §. 16. D. eodem. S. 227.

L. 26. D. de iure fisci S. 221. folg.

L. 74. D. de reg. iuris S. 238.

L. 8. §. 5. Cod. de bonis quae liber. S. 108. folg.
S. 112. S. 114. S. 118. S. 120 — 123.

L. 23. Cod. de probat. S. 126. folg.

L. 19. Cod. de iure delib. S. 243.

II.

Inhalt.

II.

Aus dem Canonischen Rechte.

Cap. 10. X. de consuetud.

Cap. 4. X. de donat. inter vir. et ux.

III.

Aus den teutschen Reichsgesetzen.

Landfriede zu Worms vom Jahr 1521. Tit. 7. S. 170.

Reichsabsch. zu Augsburg v. J. 1558. §. 58. S. 171.

Reichsabsch. v. J. 1654. §. 43. u. 117. Ebendas.

Bayerische
Staatsbibliothek

XXXIV.

Das von einer schwangern Ehefrau errichtete Testament, worin dieselbe auf den Fall, wenn sie nach ihrem zu gebährenden Kinde versterben sollte, ihren Mann zum Erben einsetzt, ist an sich nicht ungültig.

§. 1.

Des Kaufmanns Johann Klepper Ehefrau zu Offenbach errichtete während ihrer Schwangerschaft vor dem Fürstlich Ysenburgischen Oberamt daselbst ein Testament, worin es unter andern heißt:

„daß wenn sie in den gegenwärtigen Umständen, und zwar nach ihrem zu gebährenden Kinde versterben sollte, sie ihren Vater, den Gerichtsschöffen, Peter Michel zu Offenbach, zum Pflichttheil, in Ansehung ihres sämmtlichen übrigen Vermögens aber, ihren Ehemann, Johann Klepper zum Erben eingesetzt haben wolle.“

Die Testirerin starb wenige Stunden nach der Errichtung ihres Testaments, nachdem das Kind zuvor stückweise von ihr war genommen worden.

§. 2.

Dieses Testament focht nun der Testirerin Vater als nichtig an, und suchte aus folgenden Gründen zu behaupten, daß es für zu Recht beständig nicht geachtet werden könne; denn I. fehle es demselben an der in den dasigen Landesgesetzen vorgeschriebenen Form und äusserlichen Feyerlichkeit, weil darin nicht bemerkt sey, daß die Testirerin wäre befragt worden, ob sie etwa zu ihrem Testament durch Jemand überredet, hinterführt, oder gezwungen worden, und ob daher solches ihr eigener freyer Wille sey, welche Befragung mit Bemerkung der darauf gegebenen Antwort der testirenden Person doch in der Solmsischen Gerichts- und Landes-Ordnung

Th. II. Tit. 23. §. 11. und 12.

wiederholentlich vorgeschrieben wäre. Diese Vorschrift sey nicht bloß den Amtschultheisen und Schöffen auf dem Lande gegeben worden, sondern sey auch von den Stadtgerichten zu beobachten, wie solches theils daraus erhelle, daß in der angezogenen Stelle der Solmsischen Gerichts- und Landes-Ordnung

§. 12.

ausdrücklich eines Stadtschreibers gedacht wird, theils der Schluß gedachter Solmsischer Landes-Ordnung

in Adjunct. der Klägerischen Salvations-Schrift sub Lit. H.

beiwei-

beweise, nach welchem allen und jeden Gerichten, Schultheissen, Schöffen und Unterthanen, auch allen andern Befehlshabern und Amtleuten deren Beobachtung in allen ihren Puncten und Artikeln befohlen worden sey. Insonderheit aber zeige die von den Herren Grafen zu Yßenburg im Jahr 1578. laut Adjuncti sub Lit. I. geschehene Reception erwähnter Solmsischer Landes- und Gerichts-Ordnung ganz deutlich, daß solche für alle Stadt- Land- Zent- und Untergerichte in allen und jeden Constitutionen und Puncten angenommen worden, und daher selbige von allen Beamten und Gerichtspersonen bey ihren Eidespflichten und Vermeidung schwerer Strafe fest und mit allem Fleiß gehalten werden solle. Ja die noch in neuern Zeiten, nämlich im Jahr 1714. abermals ergangene, und

in Adjunct. sub Lit. K.

befindliche landesherrliche Verordnung besage offenbar, daß allen Räthen und Beamten, nach solcher eingeführten Solmsischen Landes-Ordnung Recht zu sprechen befohlen worden, und daß solche in allen ihren Puncten und Clauseln ohne alle Ausnahme bey Canzley und Gerichten alleinig beobachtet werden solle. Nicht minder bewiesen auch die noch vor Kurzem in den Jahren 1784. und 1788. von den Ober-Schultheissen und Gerichten zu Offenbach gefertigte,

in Adjunct. sub Litt. L. et M.

angeschlossene abschriftliche Testamente unwidersprechlich, daß die in den Solmsischen Statuten bey Aufnahme gerichtlicher Testamente vorgeschriebene Befragung der testirenden Person jedesmahl geschehen, und also auch in diesem Punct das angenommene Statut in viridi observantia sey; gleichwie denn besonders das von dasigem Oberamte, und zwar von dem vorigen Amtmann Linde im Jahr 1778. aufgenommene, und

in Adjunct. sub Lit. N.

befindliche Testament vollends ausser allem Zweifel setze, daß mehrgedachte gesetzmäsige Befragung ebenfalls bey diesem Gerichte im Gebrauch sey. Sie hätte mithin auch bey dem Testamente der verstorbenen Klepperin nicht unterlassen werden sollen, und würde auch gewiß nicht unterblieben seyn, wenn Beklagter nicht die Errichtung dieses Testaments gefährlicher Weise fast bis zur Sterbestunde seiner Frau verzögert, und die Gerichte dabey übereilet hätte. Und wenn gleich auf die Unterlassung jener statutenmäßigen Form die poena nullitatis nicht ausdrücklich gesetzt worden, so thue doch dieses nichts zur Sache, weil sich's schon von selbst verstehe, daß alles, was mit Unterlassung der in den Gesetzen vorgeschriebenen Form geschiehet, null und nichtig sey.

STRYK de cautelis testamentor. Cap. V. Membr. 2. §. 1. et Cap. XV. §. 2.

§. 3.

Insonderheit aber wollte II. das in Frage stehende Testament auch darum für ungültig gehalten werden, weil die Testirerin ihre zur Zeit der Errichtung desselben annoch lebendig- und zur Geburt ganz reif gewesene Leibesfrucht nicht ausdrücklich zum Erben eingesetzt, sondern präterirt habe. Denn aus den Worten des Testaments:

„wenn sie in den gegenwärtigen Umständen, und „zwar nach ihrem zu gebährenden Kinde versterben „sollte ꝛc."

lasse sich keine Erbeinsetzung ihres Kindes schliessen, welche doch in Ansehung der Kinder bestimmt und ausdrücklich geschehen müsse, und nicht auf blosen Muthmaßungen beruhen dürfe. Klar entscheiden die Gesetze, daß es keine Erbeinsetzung eines Kindes, sondern vielmehr eine Präterition zu nennen sey, wenn der Vater in seinem Testament einen Erben unter der Bedingung eingesetzt habe, wenn sein Kind vor ihm versterben sollte;

L. 16. §. 1. D. de vulg. et pupill. substitut.

und nach dem neuern Röm. Rechte

Nov. CXV. Cap. 3.

müsse auch eine Mutter eben so gut, als der Vater, ihre Kinder ausdrücklich zu Erben einsetzen, oder mit Anführung einer rechtmäsigen Ursache enterben, widrigenfalls, wenn keines von beyden geschehen sey, das mütterliche Testament wegen der Uebergehung der Kin-

der als nichtig angefochten werden könne. Zwar habe Beklagter durch ein beygebrachtes Attestat eines Arztes

Actor. |18| Lit. A.

zu erweisen gesucht, daß das Kind der Testirerin zur Zeit ihres errichteten Testaments schon tod gewesen sey. Dieses könne aber darum in keine Betrachtung kommen, weil es eines Theils ein unbeschwornes schriftliches Zeugniß sey, dergleichen keinen rechtlichen Glauben verdiene,

MEVIUS Part. V. Decis. 12. n. 2. et 3.

Estors Anfangsgründe des gemeinen u. Reichsprocesses I. Th. §. 323.

indem auch die Aussagen der Aerzte eidlich und super veritate geschehen müßten, wenn sie beweisen sollen;

GAIL Lib. II. Observ. III. nr. 19.

andern Theils aber zeige auch das von dem Kläger über gegenwärtigen Fall eingeholte medicinische Gutachten

in Adj. sub Lit. F.

deutlich, auf welche trügliche Gründe das vom Beklagten producirte Attestat gebauet sey. Nicht zu gedenken, daß selbst die Worte des Testaments demselben offenbar entgegen wären, wenn es darin heiße:

wenn sie, die Testirerin, in den gegenwärtigen Umständen, und zwar nach ihrem zu gebährenden Kinde versterben sollte;

woraus hinlänglich erhelle, daß die Testirerin, da sie von einem Absterben nach ihrem Kinde gesprochen, das

Leben desselben zur Zeit der Testamentserrichtung noch verspürt haben müsse.

§. 4.

Diesen Gründen fügte der Kläger noch III. bey, daß auch die Testirerin ungebührlich zum Testament beredet und überlistet worden sey. Denn aus der Zeugen Aussagen ergebe sich 1) daß die Amtskellerin Pohl die verstorbene Klepperin zweymahl angeredet habe, ob sie denn ihrem Manne nichts vermachen oder ihn bedenken wolle?

Deposit. Test. 2. ad Art. probat. 4. 5. et 11.

Ja diese Amtskellerin habe in ihrer Vernehmung

ad Art. probat. 5.

selbst eingestanden, daß sie mit der verstorbenen Klepperin wegen eines solchen Vermächtnisses gesprochen, und verschiedenes zu einer Testirung suppeditiret, nicht minder die Absicht, die Verstorbene zu einer Testaments-Errichtung zu bringen, gehabt hätte. Es sey folglich keinem gegründeten Zweifel unterworfen, daß sie auch alles zur Erreichung ihrer Absicht werde angewendet haben. Sodann sey 2) durch die Zeugen erwiesen, daß die Verstorbene der Amtskellerin in ihrem Antrage nicht gleich Gehör gegeben;

Deposit. Test. 2. ad Art. probat. 6. et 11.

daher ihr Ehemann auch Liebkosungen angewendet hätte;

Depos. Test. 2. ad Art. prob. 8. et 11.

Ferner sey 3) durch das Zeugenverhör an den Tag gekommen, daß als die Verstorbene auf den ersten Antrag nichts habe thun wollen, die mehrgedachte Amtskellerin Pohl den zweyten Versuch gemacht, und solchem sogar eine Verläumdung des Bruders der Verstorbenen beygefügt habe.

Deposit. Test. 2. ad Art. prob. 9.

Auch habe Product seine verstorbene Frau an den Antrag der gedachten Amtskellerin erinnert;

Deposit. Test. 2. ad Art. prob. 10.

nicht minder 4) diese Amtskellerin auch den Anschlag zur Erbittung des Fürstlichen Oberamts gegeben;

Deposit. Test. 1. ad Art. prob. 5.

— Test. 2. ad Art. prob. 14. u. 15.

— Test. 2. ad Art. prob. 20. et ad Art. addit. 11.

Es sey ferner 5) erwiesen, daß die verstorbene Klepperin erst auf ihrem Sterbebette zu einer Testamentserrichtung beredet worden sey,

Deposit. Test. 2. ad Art. probat. 21. it. ad Art. prob. 4. 5. 8. 9. 10. et 11.

da sie doch vorher, obwohl sie öfters vom Sterben gesprochen, nicht daran gedacht hätte;

Test. 2. ad Art. addition. 12.

wobey endlich 6) noch durch die Amtskellerin Pohl selbst laut ihrer eigenen Aussage

ad Art. probat. 5.

an den Tag gekommen sey, daß Product seine verstorbene Frau auch durch ein vorgespiegeltes Gegenvermächtniß zu einer Testamentserrichtung inducirt und beredet, und zu solchem Ende das Fürstliche Oberamt berufen zu lassen vorgeschlagen habe. Diese Berufung sey auch wirklich gleich darauf besorgt worden, das anerklärte Gegenvermächtniß aber nachher dennoch unterblieben. Aus diesem allem ergebe sich demnach sattsam, daß die verstorbene Klepperin durch vielfältig geschehenes Andringen, Suggestionen, List und Beredungen zu ihrem Testament veranlaßt worden, und dasselbe folglich auch aus diesem Grunde für null und nichtig zu halten sey.

§. 5.

Endlich aber verdiene IV. noch vorzüglich in Erwägung gezogen zu werden, daß das in Frage stehende Testament von der Erblasserin auch zu einer solchen Zeit errichtet worden, da sie nicht mehr recht bey Verstande gewesen. Denn sie sey nicht nur damahlen schon dem Tode nahe, und eine tödlich kranke Person gewesen,

Deposit. Test. 1. ad Artic. addit. 3.

welche wenige Stunden nach der Errichtung ihres Testaments gestorben, nun werde den Rechten nach im Zweifel nicht vermuthet, daß ein Sterbender noch bey völliger Vernunft sey;

L. 8. Cod. qui testam. fac. poss.

sondern es sey auch die Verstandlosigkeit der Testirerin in dem gegenwärtigen Falle noch vorzüglich daraus abzunehmen, daß dieselbe bey der Testamentserrichtung auf Befragen sich nicht mehr auf ihren ganzen Namen habe besinnen können, sondern solcher aus dem Taufschein habe ersehen werden müssen;

Vid. Deposit. Test. I. ad Artic. addit. 2. 4. et 5.

gleichwie denn insonderheit von der Zeugin II.

ad Art. addit. 9.

auf ihren geleisteten Eid, und mit Anführung verschiedener Umstände bezeuget worden, daß die Testirerin zur Zeit der Errichtung ihres Testaments nicht mehr bey sich gewesen. Es finde also hier Anwendung, was

MANTICA in Tract. de conjectur. ultimar. voluntatum Lib. II. Tit. VI. nr. 6.

sagt: Quodsi testes interrogati, an testator fuerit sanae mentis, cum in articulo mortis fecit testamentum, invicem sint repugnantes, in dubio magis credendum est iis, qui dicunt, eum non fuisse sanae mentis, quia, quod est verisimilius, deponunt.

§. 6.

Dieß waren die Gründe, aus welchen der Kläger darauf antrug, daß das in Frage stehende Testament für nichtig erklärt, und ihm, als nächstem Verwandten, seiner verstorbenen Tochter Verlassenschaft ab intestato zugesprochen werden möchte. Allein alle

diese

diese Gründe wurden dennoch bey näherer Prüfung nicht für so wichtig befunden, um für den Kläger sprechen zu können. Denn

ad I) ist bekannt, daß es

1) bey einem gerichtlichen Testament gar nicht auf eine gewisse Form, sondern bloß auf die gerichtliche Glaubhaftigkeit ankommt, welche alle andere Förmlichkeiten der Privattestamente überwiegt,

L. 19. Cod. de Testament.

Klaproths theoret. practische Rechtswissenschaft von freywilligen Gerichtshandlungen §. 106.

Gerichtliche Testamente sind ja eben deswegen von den Gesetzgebern eingeführt worden, um der vielen Solennitäten, welche bey Privattestamenten zu beobachten sind, und bey denen so leicht etwas versehen werden kann, überhoben zu seyn;

LAUTERBACH Diss. de testamento iudiciali §. 4.

Es können folglich dergleichen Testamente nicht nach den Grundsätzen, die bey den Privattestamenten gelten, beurtheilt, noch die Regel: quodsi vel minima desit in scripto vel nuncupativo testamento solemnitas, nullum illud et inutile est, als welche bloß bey Privattestamenten statt findet,

VOET in Commentar. ad Pandect. Tom. II. Lib. XXVIII. Tit. I. §. 28.

hier angewendet werden. Und wenn auch 2) gesetzten Falls durch die Schuld der zur Aufnahme des Testaments abgeordneten Gerichtspersonen in Ansehung dessen, was die Landesgesetze dabey vorgeschrieben haben, ein Versehen vorgegangen wäre, so würde doch immer eher für die Rechtsbeständigkeit als für die Ungültigkeit des Testaments zu erkennen seyn, weil die Gesetze ganz ausdrücklich verordnen:

non concedendum esse, ut suprema vota deficientium eversionis quidquam ex incongrua insinuatione contrahant:

L. 23. in fin. Cod. de Testam.

et si quae praetermissa sit observatio, non ex mente testatoris, sed vitio tabellionis, nulli licentiam concedimus, per eam occasionem testatoris voluntatem subvertere;

L. 24. Cod. eod.

Diese gesetzliche Verordnungen sind aber 3) bey gerichtlichen Testamenten um so mehr anzuwenden, je mehr sich der Testirer bey selbigen auf die Legalität des Richters verlassen muß, und je unbilliger es daher seyn würde, wenn man ein hierbey begangenes Versehen des Richters dem Testirer, welcher ausser aller Schuld ist, zur Last legen, und das Testament deswegen für ungültig erklären wollte, da zumahl die Gesetze, so sorgfältig sie auch sonst die bey Verrichtung bürgerlicher Rechtshandlungen vorgeschriebenen Förmlichkeiten beob-

achtet wissen wollen, doch hierin Nachsicht gestatten, sobald die Billigkeit in einem gegebenen Falle dadurch leiden sollte;

etsi nihil facile mutandum est ex solemnibus, tamen, ubi aequitas evidens poscit, subveniendum est:

L. 183. D. de Reg. iur.

Geigers u. Glücks merkwürdige Rechtsfälle und Abhandlungen 1. Band Nr. X. §. 4. S. 188. folg.

Hierzu kommt noch 4) daß in Absicht auf den gegenwärtigen Fall die in dem Solmsischen Landrechte

Th. II. Tit. 23, §. 11. u. 12.

bey Aufnehmung gerichtlicher Testamente verordnete Befragung der testirenden Person, ob sie etwa zu ihrem Testamente durch jemand überredet, hinterführt, oder sonst ungebührlich veranlasset worden, oder ob es ihr eigener freier und wohlbedächtiger letzter Wille sey, nicht einmahl bey Strafe der Nichtigkeit vorgeschrieben worden. Dieselbe gehört folglich zur wesentlichen Form eines gerichtlichen Testaments nicht dergestalt, daß wenn solche in einem gegebenen Falle von den Gerichten unterlassen worden, die Testamentshandlung deswegen für ungültig zu halten sey. Spectat enim haec interrogatio testatoris ad solum officium iudicis vel actuarii, cuius neglectio testatori nocere haud debet:

LAUTERBACH in Colleg. theor. pract. Pandectar. Lib. XXVIII. Tit. I. §. 51.

Nicht zu gedenken, 5) daß in mehreren teutschen Statuten, z. B. in dem Wirtembergischen Landrecht 3. Th. 3. Tit. §. 4. in der Fränkischen Landgerichtsordnung 3. Th. Tit. 40. §. 4. u. dgl. eben diese Befragung des Testirers bey gerichtlichen Testamenten der Vorsicht wegen vorgeschrieben, nirgends aber die Strafe der Nichtigkeit auf die Unterlassung derselben gesetzt worden ist, daher auch alle Rechtslehrer darin einverstanden sind, daß aus dieser Ursache ein übrigens von dem Erblasser aus freien Willen erklärtes und von den Gerichten aufgenommenes Testament keinesweges für ungültig gehalten werden könne.

LAUTERBACH Diss. de testamento iudiciali §. 23.

HARPPRECHT Diss. de testamento iudiciali §. 16. nr. 143. (Vol. I. Dissertationum academicar. Nr. XXXVI. pag. 1361.)

Griesingers Commentar über das Herzogl. Wirtembergische Landrecht 5. Band §. 16. S. 35.

Denn es würde nicht nur unbillig, sondern auch ungereimt seyn, ein Testament bloß darum für ungültig zu erklären, weil die Befragung des Testirers, ob er durch Ungebühr zum Testament veranlaßt und gedrungen worden sey, nicht geschehen, wenn solches übrigens ohne Drang und Ungebühr aus freien Willen des Testirers errichtet worden ist.

§. 7.

Soviel hiernächst ad II) den von der Präterition der Leibesfrucht der Testirerin hergenommenen Grund der Nichtigkeit anbetrifft, so fällt 1) sogleich bey erster Ansicht des in Frage stehenden Testaments in die Augen, daß die Testirerin die Absicht, ihr Kind auszuschliessen, auf keine Weise gehabt, sondern ihren Vater und Ehemann bloß auf den Fall und unter der Bedingung zu ihren Erben eingesetzt habe, wenn sie nach ihrem zu gebährenden Kinde versterben sollte; durch welche Fassung der Worte also die Testirerin ihr Kind, falls es wäre lebendig gebohren worden, nicht nur stillschweigend instituirt, zumahl es ohnedem gesetzlicher Erbe war, sondern solches auch nach ihrer unbezweifelten Willensmeinung beyden instituirten Erben vorgezogen hatte. Denn da nach dem neuern Röm. Recht bey Testamenten nicht mehr auf die Worte allein, sondern vorzüglich auf die wahre Absicht des Testirers gesehen werden soll,

L. 35. §. 3. D. de hered. instit.

L. 23. in fin. Cod. de Legat.

L. 19. pr. L. 101. D. de condit. et demonstrat.

L. 15. Cod. de Testament.

so gieng unstreitig die Meinung der Testirerin dahin, daß ihr Kind ihr alleiniger Erbe seyn sollte, so wie es dasselbe auch schon nach den Gesetzen war; dahingegen sie nur auf den Fall, da solches vor ihr versterben

sollte,

sollte, ihren Vater und Ehemann zu Erben ernannt haben wollte. Diese billige Erklärung verlangen bey letzten Willensverordnungen ausdrücklich die Gesetze, damit sie so viel möglich bestehen können, indem durch diese Auslegungsart die bürgerliche Freyheit des Erblassers begünstiget wird. Daher sagt

L. 24. *D. de rebus dubiis*:

Cum in testamento ambigue aut etiam perperam scriptum est; benigne interpretari debemus, et secundum id, quod credibile est cogitatum;

und in der

L. 12. *D. eodem*

heißt es:

Quoties ambigua oratio est, commodissimum est, id accipi, quo res, de qua agitur, magis valeat, quam pereat.

Ein Beyspiel einer solchen billigen Auslegung enthält die

L. 13. D. de liber. et postum.

Man vergleiche Carl Salom. Zachariä Versuch einer allgemeinen Hermenevtik des Rechts. §. 109. S. 129. folg.

Sehen wir nun auf die präsumtive Absicht der Testirerin, so ergiebt sich daraus von selbst, daß das Kind derselben gleichsam primo loco instituirt, die übrigen Erben aber demselben nur vulgariter substituirt seyn sollten. Quoties enim apparet, testatorem dispositioni

suae

ſuae conditionem adpoſuiſſe, nulla alia commotum ratione, quam favore liberorum, quos in conditione poſuit, ut ſcilicet hos ei praeferret, quem in conditionali diſpoſitione nominavit; toties liberi poſiti in conditione, ſunt quoque in diſpoſitione, non quidem expreſſe, ſed tamen tacite comprehenſi, et quidem per modum inſtitutionis primae, cum contra is, qui poſitus eſt in conditionali diſpoſitione expreſſa, vulgariter ſubſtitutus ſit.

HEISLER Diſſ. de liberis, poſitis in conditione, comprehenſis etiam in diſpoſitione. *Halae* 1754. Cap. I. §. 15. et Cap. II. §. 23.

Iuſt. Henn. BOEHMERI Diſſ. de verbis directis et obliquis §. 17.

Schmidts hinterlaſſene Abhandlungen verſchiedener practiſcher Rechtsmaterien 2. Th. nr. LVIII. S. 201.

§. 8.

Nun ſagt zwar freylich Pomponius *L. 16. D. de vulg. et pup. ſubſtit.*

Si ſecundum teſtamentum ita fecerit pater, ut ſibi heredem inſtituat, ſi vivo ſe filius decedat: poteſt dici, non rumpi ſuperius teſtamentum, quia ſecundum non valet, in quo filius praeteritus ſit.

Allein nicht zu gedenken, daß mehrere Rechtsgelehrte diese Entscheidung des römischen Juristen als eine Folge des schon im neuern Röm. Rechte

L. 15. C. de Testam.

L. 3. C. de lib. praeter.

hier ganz bey Seite gesetzten Formularwesens ansehen wollen; als

WAHL in Diss. de iusta liberos heredes instituendi forma §. 18 et 25.

Höpfner im theor. pract. Commentar über die Heineccischen Institutionen §. 474. Not. 4.

so redet auch Pomponius bloß vom Vater, und setzt den Fall voraus, daß das Kind noch in väterlicher Gewalt sey.

§. 9.

Gesetzt aber auch 2) daß die Testirerin ihre Leibesfrucht gänzlich präterirt hätte, so läßt sich dennoch mit Grund nicht behaupten, daß das Testament derselben darum ipso iure null und nichtig sey. Denn es ist ja bekannten Rechtens, daß wenn postumi, die zur Zeit des errichteten Testaments noch nicht gebohren waren, von der Mutter oder mütterlichen Ascendenten übergangen worden sind, das Testament darum nicht ruptum sey, sondern dagegen die querela inofficiosi angestellet werden müsse.

§. 7. Inst. de exheredat. liberor.

L. 6.

L. 6. pr. L. 27. §. fin. D. de inoff. testam.

L. 3. Cod. eodem.

HUBER Praelect. iur. civ. ad Pand. Lib. XXVIII. Tit. II. §. 11.

Höpfner in dem angeführten Commentar §. 532. Not. 2. der neuesten Ausgabe.

Daher hätte zwar das Kind selbst, wenn es lebendig wäre gebohren worden, und am Leben geblieben wäre, das Testament deswegen anfechten können, dahingegen kann dem Vater der Testirerin eine Querel desfalls um so weniger zustehen, als derselbe auf den Fall, wenn das Kind vor der Testirerin sterben sollte, schon im Pflichttheil zum Erben eingesetzt worden ist.

§. 10.

Ueberdem wird 3) wenn ein Testament, worin ein nascitурus übergangen worden ist, durch die Geburt desselben rumpirt werden soll, nach Vorschrift der Gesetze ausdrücklich erfordert, daß das Kind als ein lebendiges und vollständiges Kind müsse gebohren worden seyn;

L. 3. Cod. de postum. hered. instit.

wo es heißt: Si vivus perfecte natus est is, qui, dum in ventre portabatur, praeteritus fuerat, licet illico in manibus obstetricis decesserit, nihilominus testamentum rumpi; hoc tantummodo requirendo, ut vivus ad orbem toeus processerit; weil eine tode Geburt nicht erbfähig ist, ja für gar kein Kind gerechnet wird;

L. 129. D. de Verbor. Significat.

Glücks Erläuterung der Pandecten 2. Th. §. 115. S. 69. f.

nun aber beweißt nicht nur das in den Acten befindliche Attestat der Aerzte und Geburtshelfer

Actor. |18| Lit. M.

hinlänglich, daß der Testirerin Kind durch eine Operation von der Mutter habe gelöset werden müssen, und also tod zur Welt gekommen sey, sondern es ist auch von dem Kläger selbst in seiner Salvationsschrift

Actor. |43|. §. 20.

eingeräumt worden, daß das Kind zerstückelt aus Mutterleibe habe genommen werden müssen.

§. 11.

Wenn nun gleich Kläger 4) den in gedachtem Attestat von den Aerzten angegebenen Umstand,

daß das tod zur Welt gebrachte Kind der Testirerin wohl schon 24 Stunden vor der Operation im Mutterleibe abgestanden gewesen,

folglich zur Zeit des errichteten Testaments schon nicht mehr im Leben gewesen seyn müsse, durch ein desfalls eingeholtes, seiner Salvationsschrift

sub Lit. F.

beygefügtes medicinisches Gutachten, zweifelhaft zu machen gesucht hat, so kommt doch auf diesen Umstand, ob das Kind zur Zeit des Testaments noch gelebt habe

oder

oder nicht, hier ganz offenbar nichts an. Denn wenn ein noch ungebohrnes Kind nach Vorschrift der Gesetze für schon gebohren gehalten wird, sofern es auf dessen eigene Vortheile ankommt,

L. 7. D. de Statu hom.

L. 231. D. de verbor. significat.

und daher, so gut als ob es schon das Licht der Welt erblickt hätte, zum Erben eingesetzt werden muß;

§. 5. I. de exheredat. liberor.

L. 4. Cod. de liber. praeter.

L. 1. C. de postum. hered. instit. vel exher.

so ist solches nur unter der Bedingung zu verstehen, wenn der Embryo nachher als eine vollkommene und lebendige Geburt zur Welt kommt.

L. 2. et 3. Cod. de postum. hered. instit.

OELTZE Commentat. iurid. de partu vivo vitali et non vitali, praecipue ratione transmissionis hereditatis. *Ienae* 1769. Cap. I. §. 12.

Gesetzt also, daß das Kind der verstorbenen Testirerin zur Zeit des Testaments wirklich noch gelebt, und das Leben erst während der Geburt durch die Operation der Enthirung verlohren hätte, so wäre dasselbe dennoch auch in diesem Falle für ein todgebohrnes Kind zu halten, welches keine bürgerlichen Successionsrechte erlangen, noch vielweniger also ein mütterliches Testament rumpiren konnte;

LAUTERBACH Colleg. th. pr. Pandect. Lib. I. Tit. V. §. 27.

§. 12.

Gesetzt endlich 5) daß das Kind der Erblasserin lebendig zur Welt gebohren worden, aber noch vor ihr verstorben wäre, so würde auch sogar in diesem Falle das Testament nicht ungültig seyn, wenn gleich das Kind darin gänzlich wäre präterirt worden, weil bekannt, daß wenn auch ein postumus vom Vater selbst präteriret worden, der durch seine Geburt das väterliche Testament nach der Subtilität des Civilrechts rumpirt, dennoch selbiges nach dem iure praetorio bey Kräften erhalten wird, wenn das Kind bey Lebzeiten des Testirers wieder gestorben ist:

L. 12. D. de iniusto rupto et irrit. testam.

HUBERI praelect. ad Pandect. Lib. XXVIII. Tit. II. §. 11.

Höpfners Commentar §. 660. Nr. 2.

§. 13.

Endlich ad III. soviel die vorgegebene Beredung und Zunöthigung der Testirerin anbetrifft, so ist vor allen Dingen nicht unbemerkt zu lassen, daß die vom Kläger angegebene Zeugin I, die Amtskellerin Pohl, demjenigen, was Testis 2. demselben zu Gunsten ausgesagt hat, schlechterdings widersprochen habe. Sie hat zwar laut ihrer Aussage

ad Art. probat. 4. 5. et 6.

der verstorbenen Klepperin die Gefahr vorgestellet, in welcher sich dieselbe bey ihren damahligen Umständen

wirk-

wirklich befunden, und sie daher im allgemeinen an die Errichtung eines letztern Willens erinnert; allein, daß sie oder der Verstorbenen Ehemann dieselbe dazu zu überreden gesucht, hat sie ausdrücklich verneinet. Es ist mithin bey diesem offenbaren Widerspruche der Zeugen in Ansehung der Hauptumstände der Sache vom Kläger bekannten Rechten nach nichts erwiesen worden. Si enim testes sibi contradicunt in circumstantiis ad rem facientibus, nihil probatum est;

HELLFELD jurisprud. for. Tom. II. §. 1185.

§. 14.

Ueberdem, wenn auch gesetzten Falls die verstorbene Klepperin durch Zuredungen der Amtskellerin Pohl und durch Liebkosungen ihres, der Verstorbenen, Ehemannes wirklich zur Errichtung ihres Testaments bewogen worden wäre, so könnte dennoch das Testament um deswillen noch nicht gleich für ungültig gehalten werden, weil es die Gesetze den Eheleuten ihrer genauen Verbindung wegen zu gute halten, wenn der Mann auf solche Art, jedoch ohne erweißliche Gewalt und übele Begegnung gegen seine Ehefrau, sich einen vortheilhaften Platz in dem Testamente derselben zu verschaffen gewußt hat:

iudicium uxoris postremum in se provocare maritali sermone, non est criminosum;

L. 3. Cod. si quis aliquem testari prohibuerit.

Christph. Lud. CRELLII Diss. de sermone maritali cum uxore testamenti faciendi causa. Vitembergae 1739.

von Quistorp rechtliche Bemerkungen Bem. IX. S. 68.

Zu geschweigen, daß die Testirerin ihren letztern Willen den Gerichten selbst mündlich erklärt, und dadurch, daß es ihr ernstlicher, freier und wohlbedächtiger Wille sey, hinlänglich zu erkennen gegeben hat. Ueberhaupt aber wird nur ein ungestümes Zudringen einem solchen Zwange gleich gehalten, woraus eine Ungültigkeit des Testaments entstehet,

Westphals Theorie des Röm. Rechts von Testamenten §. 31.

dergleichen doch selbst von der Zeugin II. nicht bezeuget werden mögen.

§. 15.

Endlich ist ad IV. die vorgegebene Verstandlosigkeit der Testirerin vom Kläger eben so wenig erwiesen worden, indem vielmehr das Gegentheil sowohl aus dem in dem Testamente selbst enthaltenen gerichtlichen Zeugniß:

daß die Testirerin noch bey vollkommenem guten Verstande gewesen;

als auch insonderheit aus den Aussagen des erstern Additional-Zeugen

ad Art. addit. 3. 4. 7. et 8.

erhel-

erhellet, wo besonders

ad Art. addit. 8.

der sehr merkwürdige Umstand angeführet wird:

daß die Klepperische Ehefrau bey Aufnahme ihres Testaments vor den Gerichtspersonen ganz vernünftig gesprochen, über die Nothwendigkeit des Pflichtheils, und ob sie den Armen oder milden Stiftungen etwas zu vermachen schuldig sey, Fragen gethan, und Belehrung verlangt habe; und überhaupt nichts unvernünftiges und verstandloses an sich habe merken lassen.

§. 16.

Hiergegen kann der

ad Art. addit. 2.

berührte Umstand, daß die Testirerin nicht ihren ganzen Namen gewußt, sondern auf Befragen, wie sie mit ihrem Vornamen heiße, nur denjenigen Namen angegeben, bey welchem sie gewöhnlich genannt worden, eben so wenig, als dasjenige, was Testis addit. 2.

ad Art. addit. 9.

bekundschaftet hat, einen hinlänglichen Grund abgeben, eine Abwesenheit des Verstandes bey der Testirerin daraus zu folgern, weil, wie auch Testis addit. 1.

ad Art. 7.

ganz richtig bemerkt hat, auch wohl bey einer ganz gesunden und ohne Widerrede vernünftigen Weibsperson,

welche, wie gewöhnlich, nicht im Falle ist, ihren vollständigen Namen oft zu schreiben, es leicht möglich wäre, daß sie sich auf der Stelle ihres vollständigen Vornamens nicht besinnet.

§. 17.

Ueberhaupt aber kommt es bey Testamenten nur auf den Zeitpunct ihrer Errichtung an, wenn die Frage davon ist, ob der Testirer annoch bey Vernunft gewesen;

L. 2. D. qui testam. facere poss.

und die rechtliche Vermuthung, daß auch sogar ein Sterbender noch den Gebrauch der Vernunft habe,

HELLFELD jurisprud. for. T. II. §. 1404. in fin.

kann wegen der besondern Begünstigung der Testamente, für deren Aufrechthaltung in einem zweifelhaften Falle jederzeit zu erkennen ist,

L. 10. pr. D. de inoff. testam.

L. 5. D. Testam. quemadm. aperiant.

Cap. fin. X. de Sentent.

nicht durch bloße Conjecturen, sondern nur durch evidenten Gegenbeweis entkräftet werden;

STRYK Us. mod. Pandect. Lib. 28. Tit. I. §. 4. in Responso adject.

MANTICA de conjectur. ultimar. voluntat. Lib. II. Tit. V. n. 2—6.

§. 18.

§. 18.

Aus diesen Gründen wurde demnach von hiesiger Facultät für Recht erkannt:

daß Klägers Suchen nicht Statt hat, sondern Beklagter von der wider ihn angestellten Klage zu entbinden, die beyderseits aufgewandten Kosten hingegen aus bewegenden Ursachen gegen einander aufzuheben.

V. R. W.

XXXV.

Rechtsgutachten.

Ueber die Wirkung eines bedingten Vermächtnisses, dessen Bedingung auf eine positive Handlung des eingesetzten Erben gestellt ist, die blos von seiner Convenienz abhängen soll.

---

§. 1.

Der verstorbene Rath und Expeditions-Secretär, Johann Gottfried Barthels zu Hildburghausen, errichtete im Jahr 1794. ein Testament, worin er seiner Schwester Töchter, die beyden Jungfer Staffelin, Louise Friederike, und Christiane Wilhelmine, zu seinen Universalerben einsetzte. Er legirte darin unter andern auch den Pfarrer Staffelischen Kindern zu Altershausen 2000 Fl frk. dergestalt, daß

a) 1000 Fl. in Obligationen und Wechseln, jedoch nicht eher, als nach Verlauf eines halben Jahres nach seinem Tode, und

b) 1000 Fl. von den Verkaufsgeldern seines Wohnhauses, jedoch nur auf den Fall,

wenn seine instituirte Universalerbinnen den Verkauf dieses Hauses ihrer

Convenienz gemäß halten, auch sich dazu ein annehmlicher Käufer finden sollte,

bezahlt werden sollen. Immittelst aber, und bis solches geschehen, sollen die instituirten Testamentserbinnen von diesen letztern tausend Gulden weder zu einer Verzinsung noch zu einer deshalb zu leistenden Caution den Legatarien verpflichtet seyn. Letztere sollen auch seine instituirten Jungfer Erbinnen weder gerichtlich noch außergerichtlich zu dem Hausverkauf zu nöthigen befugt seyn, und da sie gleichwohl hierunter sich einiger Härtigkeit schuldig machen würden, dieses Supplementi des verschaften Legats, nämlich der 1000 Fl. Hauskaufgelder verlustig seyn.

§. 2.

Die beyden instituirten Testamentserbinnen haben nach dem Tode des Testirers die Erbschaft angetreten, und auch das Legat sub a. prästirt

Sie sind inzwischen beyde mit Tode abgegangen, und haben ihrer Convenienz nicht gemäß gehalten, das Erbhaus zu verkaufen, folglich das Legat sub lit. b. zu berichtigen.

§. 3.

Die obgedachten Legatarien glauben nun, daß mit dem Tode der beyden Testamentserbinnen der Fall

jetzt

jetzt eingetreten sey, daß auch das andere Legat den Rechten nach berichtiget werden müßte; und obgleich die Erben der verstorbenen Testamentserbinnen ihrer Convenienz ebenfalls nicht gemäß halten, das obenwähnte Bartelsche Haus zu verkaufen, sich auch dazu noch kein annehmlicher Käufer gefunden hat; so hat gleichwohl der in den beygelegten Privatacten Fol. 11. sub lit. B. bestellte Vormund der noch minderjährigen Staffelischen Kinder, als Legatarien, gegen die hinterlassenen Bartelschen Erbenserben die in der Beylage Fol. 1. ersichtliche Klage erhoben, und darin gebeten:

daß die Barthelschen Erbenserben für schuldig erkannt werden möchten, das ererbte von dem verstorbenen Rath Bartels herrührende Haus binnen einem viertel Jahre zu verkaufen, und von dem erlößten Kaufgelde das Legat der 1000 Fl. frk. an seine Curanden, die Pfarrer Staffelischen Kinder, nebst den Verzugszinsen zu entrichten.

§. 4.

Es ward daher ein rechtliches Gutachten über folgende Fragen verlangt:

I. Ob nach den Worten und dem Sinn des Testaments die Erbenserben ohne weitere Rücksicht nunmehr gezwungen werden können, das befragte Legat zu prästiren, obgleich der Hausverkauf ihrer Convenienz nicht gemäß ist? und

II. ob

II. ob sich die Legatarien des Vermächtnisses der 1000 Fl. frk. Hauskaufgelder nunmehr verlustig gemacht, da sie den Eintritt der Bedingung nicht abgewartet, vielmehr geklagt, und dadurch die Erbenserben zum Hausverkauf zu nöthigen gesucht hätten?

§. 5.

Soviel die erste Frage anbetrift, so könnte es zwar scheinen, daß diese zum Vortheil der Legatarien zu entscheiden wäre, wenn man erwägt,

1) daß Vermächtnisse überhaupt nach der Billigkeit, und so erklärt werden müssen, daß die Absicht des Testirers nicht vereitelt werde;

L. 18. §. 1. D. de manumiss. testam.

L. 12. D. de Reg. iur.

MANTICA de coniectur. ultimar. voluntat. Lib. VII. Tit. 1. nr. 28. et 32.

Iac. VOORDA Elector. cap. 20.

und daß insonderheit bey den Bedingungen der letzten Willensverordnungen mehr auf die Absicht des Testirers, als auf die Worte gesehen werden soll;

L. 101. pr. D. de condit. et demostrat.

in conditionibus enim primum locum voluntas defuncti obtinet, eaque regit conditiones:

L. 19. pr. D. eodem.

Wo es daher die erweisliche Absicht des Erblassers erfordert, daß man nicht streng bey den Worten bleibe, kann man mit Recht davon abgehen;

Westphal systemat. Darstellung der Rechte von Vermächtnissen und Fideicommissen 2. Th. §. 1929.

Ueberhaupt schärfen die Gesetze bey aller Gelegenheit die Regel ein, daß Vermächtnisse in zweifelhaften Fällen immer so erklärt werden sollen, daß sie vielmehr gültig bleiben, als zu Grunde gehen.

L. 34. §. 1. D. de legat. II.

L. 12. D. de rebus dub.

L. 16. pr. D. ad SCtum Trebell.

Jos. AVERANIUS Interpretat. iuris Lib. V. cap. II. nr. 7. seqq.

HELLFELD Iurisprud. for. Tom. II. §. 1559. in fin.

§. 6.

Wendet man diese Grundsätze

2) auf den gegenwärtigen Fall an, so scheint es nun der Absicht des Erblassers nicht zu entsprechen, wenn man annehmen wollte, daß das befragte Legat der 1000 Fl. nunmehr ganz wegfallen müsse, weil nach den Worten der demselben beygefügten Bedingung die Testamentserbinnen ihrer Convenienz nicht gemäß gehalten haben, das Erbhaus zu verkaufen, aus dessen Verkaufsgeldern die Bezahlung des Vermächtnisses bestritten werden soll, und sich auch kein annehmlicher Käufer vorgefunden hat. Bedenkt man zumal,

3) wie nachdrücklich der Testirer seinen eingesetzten Erbinnen die Auszahlung dieses Vermächtnisses in den Worten einschärft:

„So werden auch dieselben auf den Fall, wenn sie die Beybehaltung meines Wohnhauses ihrer Convenienz nicht angemessen erachten, oder sich ein annehmlicher Käufer zu solchem finden sollte, sodann auf den Verkauf meines Hauses bedacht nehmen, in solchem Falle aber dasjenige treulich erfüllen, was ich unten sub Nr. I. der Legate und zwar sub. lit. b. wegen des von den Hauskaufgeldern zu prästirenden Legats Supplementi geordnet habe;"

so ist kaum zu vermuthen, daß der Testirer die Prästation eines so beträchtlichen Vermächtnisses bloß davon habe abhängig machen wollen, daß der Verkauf des Hauses gerade von den Testamentserbinnen selbst geschehe, und sich auch schon bey ihrem Leben ein annehmlicher Käufer dazu gefunden haben müsse.

§. 7.

Es scheint daher

4) nach der bekannten Regel, quod heres heredis sit etiam testatoris heres,

L. ult. Cod. de hered. instituend.

L. 3. D. de heredit. petit.

L. 65. L. 70. pr. et L. 170. D. de Verbor. Signif.

sowohl der Analogie der gemeinen Rechte, als der vermuthlichen Absicht des Testirers um so mehr gemäß

zu seyn, daß auch noch die Erben der Bartelschen Testamentserbinnen zur Prästation des befragten Vermächtnisses, eben sowohl als ihre Erblasserinnen, verpflichtet sind, je bekannter es ist, daß die Verbindlichkeit des Erben zur Auszahlung der Vermächtnisse durch den Quasi-Contract der Erbschaftsantretung begründet wird, und daher die daraus entspringende actio personalis ex testamento auch gegen die Erben des verstorbenen Testamentserben Statt findet.

Schmidts Lehrbuch von gerichtlichen Klagen §. 640.

Ebendesselben öffentliche Rechtssprüche Nr.. XXV. 5. S. 170.

§. 8.

Weil jedoch

5) nicht zu vermuthen ist, daß der Testirer den Verkauf des Erbhauses auch bloß der Convenienz der Erben seiner Testamentserbinnen habe überlassen wollen, indem sonst die Prästation des Vermächtnisses, welche aus den Verkaufsgeldern bewirkt werden soll, in infinitum verweigert werden könnte; so scheint es aus den angeführten Gründen das Ansehen zu gewinnen, als ob nun mit dem Tode der instituirten Testamentserbinnen der Fall eingetreten sey, daß das befragte Vermächtniß den Rechten nach berichtiget werden müsse. Denn eben darum, weil der Verkauf des Erbhauses nach den Worten des Testaments blos auf

die Convenienz der Testamentserbinnen gestellet worden, scheint es der Absicht des Testirers allerdings gemäß zu seyn, daß nun der Verkauf nicht weiter aufgeschoben werden dürfte, sondern die Grundsätze von einem solchen Vermächtniß zur Anwendung gebracht werden müßten, welches unter der Bedingung cum voluerit heres, cum ipsi videbitur, hinterlassen worden ist. Von diesem aber heißt es

L. 11. §. 6. D. de legat. III.

Hoc autem legatum: cum voluerit, tractum habet, quam diu vivat is, a quo fideicommissum relictum est. Verum, si antequam dederit, decesserit, heres eius praestat. Sed et si fideicommissarius, antequam heres constituat, decesserit: ad heredem suum nihil transtulisse videtur. Conditionale enim esse legatum, nemini dubium est: et pendente conditione legati videri decessisse fideicommissarium.

§. 9.

Wenn also ein Vermächtniß der Convenienz des Erben in der Maaße überlassen worden ist, daß er solches, wenn es ihm gelegen seyn wird, (cum voluerit; cum ipsi videbitur), entrichten soll, so kann zwar der Erbe die Auszahlung bis an sein Ende verschieben, allein seine Erben können nach seinem Tode zur Auszahlung desselben sofort angehalten werden.

L. 41. §. 13. D. de legat. III.

STRUV Syntagm. iur. civ. Exercit. XXXV. Th. 98.

§. 10.

Dem allen ungeachtet aber findet dennoch die angestellte Klage der Legatarien auf keine Weise Statt. Denn

1) ist das befragte Vermächtniß unläugbar ein legatum conditionale, und zwar ein solches, dessen Bedingung in einer positiven Handlung des Erben gegründet ist, die blos von seiner Willkühr abhängt. Die Worte des Testirers:

„jedoch nur auf den Fall, wenn seine institutirten Universalerbinnen den Verkauf des Hauses ihrer Convenienz gemäß halten, auch sich dazu ein annehmlicher Käufer finden sollte,"

setzen dieses ausser allem Zweifel. Es gehört also zu der Art von legatis, quorum praestatio in merum heredis arbitrium implicite et per indirectum collata est.

Car. Frid. WALCH Diss. de legato heredis in arbitrium collato. Ienae 1761. §. 5. in *Opuscul.* Tom. I. Exercit. 9.

§. 11.

Nun findet sich zwar über den Fall, von dem hier die Frage ist, nämlich wenn die Prästation des Vermächtnisses von der Bedingung einer von dem Erben zu unternehmenden positiven Handlung, die in seine Willkühr gestellet worden, abhangen soll, nirgends ein

aus-

ausdrückliches Gesetz, sondern die Römischen Gesetze reden bloß von solchen Fällen, wo entweder ein willkührliches negatives Factum des Erben, z. B. si in Capitolium non ascenderit,

L. 3. D. de legat. II.

oder die positive Handlung eines Dritten, z. B. si Titius in Capitolium ascenderit,

L. 1. pr. D. eodem.

L. 52. D. de condit. et demonstrat.

zur Bedingung des Vermächtnisses gemacht worden ist. Daher die Rechtsgelehrten über die Gültigkeit eines solchen Vermächtnisses überhaupt noch streiten.

S. WALCH cit. Diss. §. 11.

Ich trage indessen kein Bedenken, der Meinung derjenigen Rechtsgelehrten beyzutreten, welche ein solches Vermächtniß an sich für gültig halten. Denn warum sollte nicht das Vermächtniß: Si heres Capitolium ascenderit, eben so gültig seyn, als das: Si heres Capitolium non ascenderit, oder Si Titius in Capitolium ascenderit, welches doch ausdrücklich in den Gesetzen für gültig erkläret wird?

L. 1. pr. et L. 3. D. de legat. II.

L. 52. D. de condit. et demonstrat.

Ios. AVERANIUS Interpretat. iur. Lib. II. cap. 22.

WALCH cit. Diss. §. 11.

Westphals systemat. Darstellung der Rechte von Vermächtnissen u. Fideicommissen §. 331.

Ja wer sollte in dem vorliegenden Falle nur das mindeste Bedenken finden, das befragte Vermächtniß für gültig zu halten, da der Verkauf des Wohnhauses des Testirers, von dem die Entrichtung desselben abhangen soll, eine solche Handlung des Erben involvirt, der an sich weder eine gesetzliche noch physische Unmöglichkeit entgegen steht?

Gust. Bernh. BECMANNI Diss. de legatis poenae nomine relictis. Halae 1748. §. 24.

§. 12.

Wäre also auch aus diesen Gründen die Gültigkeit des befragten Vermächtnisses an sich keinem gegründeten Zweifel unterworfen; so ist doch

2) die Bedingung des Vermächtnisses sowohl nach den Worten des Testaments, als nach der Verordnung der Gesetze pro deficiente zu halten, und folglich das Vermächtniß durch den Tod der beyden Testamentserbinnen weggefallen. Denn es ist eine allgemein bekannte Rechtsregel, daß Bedingungen auf die Art, wie der Testirer vorgeschrieben hat, oder, wie man zu sagen pflegt, in forma specifica erfüllet werden müssen, und man darf daher nicht gegen die Absicht des Erblassers von der Person abgehen, von der die Bedingung, oder mit welcher dieselbe erfüllet werden soll, sofern nicht etwa die Gesetze aus besondern Gründen eine Ausnahme machen.

L. 44. D. de condit. et demonstrat.

L. 94. D. eodem.

L. 68. D. de Solution.

Ios. AVERANIUS Interpret. iur. Lib. III. cap. 17. nr. 4.

Phil. BRÜSSEL de conditionibus Lib. III. Tit. 2. nr. 3. et 4. p. 320.

Ant. FABER Coniectur. iuris civ. Lib. XVII. cap. 14. pag. 622.

HOFACKER Princip. iur. civ. Tom. I. §. 192.

Wenn also eine Bedingung z. B. darin besteht, daß der Legatar zur Erfüllung derselben dem instituirten Testamentserben eine gewisse Summe entrichten soll; so kann die Zahlung, wenn der Testamentserbe nicht mehr lebt, seinem Erben keinesweges geschehen, sondern die Bedingung wird pro deficiente gehalten, wenn der Erbe vor der ihm zu leistenden Zahlung gestorben ist, und das Legat fällt hinweg.

L. 51. §. 1. D. de condit. et demonstrat.

Westphal von Vermächtnissen und Fideicommissen 1. Th. §. 536.

Denn wenn gleich heres heredis per consequentiam successionis als heres testatoris angesehen wird,

L. 3. D. de heredit. petit.

L. ult. Cod. de heredib. instit.

so ist er doch nicht iudicio testatoris desselben Erbe.

L. 8. §. 1. D. de vulg. et pup. substitut.

DONELLUS in Commentar. iuris civ. Lib. VIII. cap. 33. nr. 50. pag. 411.

de heredis enim herede teſtator cogitaſſe non videtur, neque adeo a perſona recedendum eſt, alioquin res in infinitum abire poſſet.

BRÜSSEL de conditionibus c. 1. nr. 6. pag. 326.

§. 13.

Nur bey dem legato libertatis machen die Geſetze aus einer beſondern Begünſtigung der Freyheit eine Ausnahme. Hier konnte der Sklave, wenn ihm unter der oben angezeigten Bedingung die Freyheit war vermacht worden, auch noch dem Erben des Erben die zur Bedingung gemachte Zahlung leiſten, und die Freyheit dadurch erhalten.

L. 51. §. 1. D. de condit. et demonſtrat.

L. 94. D. eodem.

BRÜSSEL cit. loc.

FINESTRES in Hermogeniano pag. 270.

Weſtphal a. a. O. §. 537.

§. 14.

Eben ſo und noch viel mehr verhält ſich die Sache mit denjenigen conditionibus, quae in faciendo poſitae ſunt. Hae enim perſonis cohaerent, quibus adſcriptae ſunt, et ab iis ſunt implendae, nec ad alios transeunt.

L. 6. §. ult. D. de ſtatu liberis.

L. ult. D. de condit. inſtitution.

AVERANIUS Interpretat. iuris Lib. II. cap. 30. nr. 35. pag. 317.

BRÜSSEL de conditionibus. Lib. III. Tit. 2. nr. 7. pag 328. in fin. et sqq.

Ant. FABER Coniectur. iur. civ. Lib. VI. cap. 11. pag. 151.

§. 15.

Nun ist die Bedingung des befragten Vermächtnisses unläugbar eine solche, welche in einer willkührlichen Handlung des Erben besteht. Denn die legirten 1000 Fl. sollen nach den Worten des Testaments durch und von den Verkaufsgeldern des Wohnhauses des Testirers, jedoch nur auf den Fall entrichtet werden:

> wenn seine instituirte Universalerbinnen den Verkauf dieses Hauses ihrer Convenienz gemäß halten, auch sich dazu ein annehmlicher Käufer finden sollte.

Daß diese Bedingung sich bloß auf die Person der Testamentserbinnen beschränkt, ist daraus evident, weil sich das Wort Convenienz, welches der Erblasser gebraucht hat, blos auf individuelle Verhältnisse bezieht.

§. 16.

Daß das Absehen des Testirers blos auf die Person seiner instituirten Erbinnen gerichtet gewesen, ergiebt sich noch deutlicher aus den nachfolgenden Worten:

„immittelst aber, und bis solches geschehen, sollen meine Jungfer Universalerbinnen von diesen 1000 Fl. weder zu einer Verzinsung noch

zu einer desfalls zu leistenden Caution den Legatarien pflichtig seyn. Letztere sollen auch meine Jungfer Erbinnen weder gerichtlich noch aussergerichtlich zu dem Hausverkauf zu nöthigen befugt seyn ꝛc."

Offenbar konnten also die Legatarien nach den Worten des Testaments und der Absicht des Testirers auf das befragte Legat nur dann Anspruch machen, wenn diese Bedingung bey Lebzeiten der instituirten Testamentserbinnen existirt hätte, und muß nun also, da sie beyde mit Tode abgegangen sind, ohne es ihrer Convenienz gemäß gehalten zu haben, das Erbhaus zu verkaufen, zu dem sich überdem kein annehmlicher Käufer gefunden hatte, pro deficiente gehalten werden. Quae enim conditio, sagt

L. 39. pr. D. de condit. et demonstrat.

ad certas personas accommodata fuerit, eam referre debemus ad eum duntaxat gradum, quo hae personae institutae fuerunt.

§. 17.

Hierzu kommt

3) noch ein analogischer Grund. Es ist nämlich ausser Zweifel, daß die Gültigkeit eines Vermächtnisses, welches bey den Römern unter der Bedingung Si heres in Capitolium ascenderit, war hinterlassen worden, nach der Analogie der Römischen Gesetze lediglich von dem Erfolge dieser Bedingung abhieng. Starb

also der Erbe, ohne bey seinem Leben auf das Capitolium gegangen zu seyn, so fiel nun das Legat hinweg, ob deficientem conditionem.

WALCH Diss. de legato heredis in arbitrium collato. §. 11. in fine.

Nun haben die Römischen Rechtsgelehrten unter den bloß Beyspielsweise angeführten Vermächtnissen: Si heres capitolium ascenderit, vel non ascenderit, nach der sehr richtigen Bemerkung

Walchs cit. loc.

alle und jede legata ab arbitrario heredis facto pendentia andeuten wollen. Es muß also auch der gegenwärtige Fall um so mehr darunter subsumirt werden können, als nach den ausdrücklichen Worten des Testaments der Verkauf des Erbhauses, von dem die Prästation des Vermächtnisses abhangen sollte, der bloßen Convenienz und Willkühr der instituirten Testamentserbinnen überlassen worden ist; und da nun diese Bedingung bey Lebzeiten der instituirten Erbinnen nicht erfolgt ist, so muß also nun das Vermächtniß eben so, wie in jenem römischen Rechtsfalle, um so mehr erloschen seyn, je bekannter es ist, quod conditione legati deficiente legatum intereat.

L. 88. §. 1. D. ad Leg. Falcid.

BRÜSSEL de conditionibus Lib. II. Tit. 4. nr. 15.

§. 18.

§. 18.

Gesetzt aber

4) man wollte auch annehmen, daß durch den Tod der instituirten Testamentserbinnen die Gültigkeit des befragten Vermächtnisses nicht erloschen sey, so würde dennoch die von den Legatarien angestellte Klage unstatthaft seyn. Denn da der Erbenserbe die Person des Erben vorstellt, und fortsetzt, so kann die Verbindlichkeit zur Auszahlung des streitigen Vermächtnisses offenbar unter keiner andern Bedingung auf die beklagten Erbenserben übergegangen seyn, als unter welcher sie war in der Person ihrer instituirten Erblasserinnen durch den Quasi-Contract der Erbschaftsantretung begründet worden. Es kann mithin die Auszahlung des Vermächtnisses nicht eher gefordert werden, als wenn es den Erbenserben gefallen hat, das Erbhaus zu verkaufen, aus dessen Verkaufsgeldern das Legat prästirt werden soll. Denn dies ist einmal die Bedingung des Vermächtnisses, und bey bedingten Vermächtnissen hat bekanntermaßen der Legatar nicht eher ein Recht auf das Legat, noch weniger kann er die Auszahlung desselben eher verlangen, als bis die Bedingung erfüllt ist.

L. 41. D. de condit. et demonstrat.

L. 5. §. 2. D. Quando dies legator. ced. et ven.

Iust. Henn. BOEHMER Diss. de differentia legatorum purorum et non purorum §. 15. et 22.

Westphal von Vermächtnissen §. 439. u. 462.

Höpfners Commentar über die Heineccischen Institutionen §. 583. Nr. 2. S. 661.

Nun ist die Bedingung des Verkaufs noch zur Zeit nicht eingetreten, es hat sich auch noch kein annehmlicher Käufer zum Erbhaus gefunden. Eine Klage aber, um den Erben zu nöthigen, daß er die Bedingung erfülle, giebt es in gemeinen Rechten nicht:

arg. L. 41. D. de contrah. emt. vendit.

BRÜSSEL de conditionibus Lib. II. Tit. 2. nr. 3. pag. 180.

um so weniger aber kann sie im gegenwärtigen Falle Statt finden, da der Verkauf des mehrgedachten Erbhauses blos von der Convenienz des Erben abhangen soll, welches, wenn die Verbindlichkeit zur Prästation des Vermächtnisses nicht durch den Tod der Testamentserbinnen erloschen ist, nach der Regel: heres heredis est etiam testatoris heres, ohne Zweifel auch den Erbens Erben zu statten kommen muß.

§. 19.

Es steht ihnen auch

5) die in den Zweifelsgründen angeführte

L. 11. §. 6. D. de legat. III.

nicht entgegen. Denn darin ist von einem solchen Falle die Rede, wo nicht die Bedingung des Vermächtnisses, sondern blos die Zeit der Ablieferung dem Willen des

Erben

Erben überlassen worden. Dies ist der Sinn der Formel: cum voluerit heres.

Ios. AVERANIUS Interpretat. iur. Lib. III. Cap. 30. nr. 10.

Die Wirkung dieser Formel ist, daß der Erbe die Auszahlung des Vermächtnisses bis an seinen Tod verschieben kann. Da nun aber mit seinem Tode aller fernere Aufschub aufhört, so sind seine Erben sofort zur Auszahlung verbunden, und es ist ein solches Vermächtniß nur in sofern bedingt, als der Todestag des Erben pro die incerto gehalten wird, den der Legatar erleben muß, wenn er das Legat acquiriren und auf seine Eben transmittiren will.

L. 41. §. 13. D. de legat. III.

L. 79. §. 1. D. de condit. et demonstrat.

L. 4. pr. D. Quando dies legat. ced.

Ios. Fernand. de RETES Opuscula Lib. IV. ad L. 41. §. 13. D. de legat. 3. in *Thes. Meermann.* Tom. VI. p. 209.

Westphal von Vermächtnissen und Fideicommissen. §. 335. u. 336.

Von diesem Gesetz kann also auf unsern Fall um deshalb keine Anwendung gemacht werden, weil hier nicht die Auszahlung des Vermächtnisses, sondern der Verkauf des Hauses, aus dessen Geldern die Auszahlung desselben prästirt werden soll, der Convenienz des Erben überlassen worden ist.

§. 20.

§. 20.

Aus diesen Gründen bin ich daher in Absicht auf die erste Frage der rechtlichen Meinung:

Daß nach den Worten und dem Sinn des Testaments die in Anspruch genommenen Erbens Erben zum Verkauf des mehrgedachten Erbhauses, und folglich auch zur Prästation des befragten Vermächtnisses keinesweges genöthiget werden können.

XXXVI.

Ueber die Wirkung der vom Testirer mit der Uebertretung seines letzten Willens verknüpften Strafe der Privation.

§. 21.

In dem Barthelschen Testamente war noch insonderheit wegen des zweyten den Staffelischen Kindern hinterlassenen Legats folgendes verordnet:

„die Legatarien sollen seine instituirten Jungfer Erbinnen weder gerichtlich noch aussergerichtlich zu dem Hausverkauf zu nöthigen befugt seyn, und da sie gleichwohl

wohl hierunter sich einiger Härtigkeit schuldig machen würden, dieses Supplementi des Legats, nämlich der 1000 Fl. Hauskaufgelder verlustig seyn."

Diese Clausel veranlaßte eine zweyte Rechtsfrage, über welche ebenfalls Belehrung verlangt wurde, nämlich

Ob sich die Legatarien des Legats der 1000 Fl. frk. Hauskaufgelder nunmehr verlustig gemacht, da sie den Eintritt der Bedingung nicht abgewartet, vielmehr geklagt, und dadurch die Erbenserben zum Hausverkauf zu nöthigen gesucht hätten?

Diese Frage kann nur in dem Falle zur Sprache kommen, wenn man annimmt, daß das befragte Vermächtniß durch den Tod der Testamentserbinnen nicht weggefallen, sondern die Bedingung desselben nur noch pendens sey.

§. 22.

Auf diesen Fall könnte es nun zwar scheinen, daß die Legatarien sich ihres Vermächtnisses dadurch verlustig gemacht hätten, daß sie die Bedingung desselben nicht abgewartet, sondern gegen das ausdrückliche Verbot des Erblassers Klage erhoben, und dadurch die Erbenserben zum Hausverkauf zu nöthigen gesucht haben. Denn wenn gleich nach den Worten des Testaments den Legatarien nur verboten ist, die instituirten Testamentserbinnen weder gerichtlich

noch

noch auſſergerichtlich zu dem Hausverkauf zu nöthigen, und auf dieſen Fall die Strafe des Verluſts geſetzt worden; ſo iſt es doch eine ganz natürliche Folge, daß wenn die Legatarien behaupten, die Erbenserben treffe ſo gut, wie ihre Erblaſſerinnen, die Verbindlichkeit zur Präſtation des Vermächtniſſes, ſie auch zugeben müſſen, daß den Erbenserben eben das zu ſtatten komme, was der Teſtirer zu Gunſten ihrer Erblaſſerinnen verordnet hat, mithin auch die Strafe des Teſtaments noch gültig bleibe, wenn die fortdauernde Gültigkeit des Vermächtniſſes an ſich angenommen werden will. Quid enim iniuſtius, quam lucrum quidem amplecti, onus autem annexum contemnere?

L. un. §. 4. in fin. Cod. de caduc. toll.

Quid iniquius, ſentire commodum, et incommodum recuſare?

L. 10. D. de Reg. iur.

Cap. 55. de Reg. iur. in 6to.

Aequiſſimum igitur eſt, eum aut totum amplecti, aut a toto recedere;

L. 16. D. de adminiſtrat. et peric. tutor.

eique auferri, quod relictum eſt, ſi non impleat, quod praeceptum eſt.

Nov. I. cap. 1. §. 1. et 2.

Ioſ. AVERANIUS Interpretat. iuris Lib. II. cap. 29. nr. 6.

§. 23.

Nun wollen zwar mehrere angesehene Rechtsgelehrten in dem Falle, da der Testirer mit der Uebertretung seines letzten Willens die Strafe des Verlusts desjenigen Emoluments, welches dem Uebertreter desselben darin hinterlassen worden, ausdrücklich verbunden hat, einen Unterschied machen, ob der refractarius eine probabilem litigandi causam gehabt, und in einem wirklich zweifelhaften Falle blos über das Recht gestritten, oder ob derselbe ohne allen rechtlichen Grund dem Verbote desselben temere entgegen gestritten habe, und behaupten, daß in dem ersten Falle die von dem Testirer verordnete Strafe des Verlusts nicht eintrete, wenn gleich der Proceß verlohren worden sey.

arg. L. 5. §. 1. et L. penult. D. de his, quae ut indignis.

VOET Commentar. ad Pandect. Lib. XXXIV. Tit. 6 §. 3. in fin.

Nach dieser Meinung könnten also die Legatarien in dem gegenwärtigen Falle die Anstellung ihrer Klage, wenn sie auch den Proceß verlieren sollten, immer damit rechtfertigen, daß sie nicht temere litigirt hätten, da doch einige Rechtsgründe ihnen zur Seite stünden.

§. 24.

Allein wie wenig jener Unterschied in den Gesetzen gegründet sey, beweißt

L. 78. §. 2. D. ad SCtum Trebell.

und ist vorzüglich vom

Ios. AVERANIUS Interpretat. iuris Lib. II. cap. 29. nr. 8. sqq.

sehr gründlich gezeigt worden. Eine Strafe, die der Testirer den Uebertretern seines letzten Willens drohet, darf durchaus nicht nach den Grundsätzen gesetzlicher Strafen beurtheilt werden. Damit also diese eintrete, wird weiter nichts erfordert, als daß dem Verbot des Testirers entgegen gehandelt worden sey, die Handlung sey an sich ein factum legitimum et iustum, oder nicht; der Contravenient habe die Absicht zu schikanren gehabt, oder nicht. Genug, daß er den Willen des Erblassers nicht erfüllt hat*).

L. un. Cod. de his, quae poenae nomine.

Denn eben dadurch wird die Handlung, wenn sie auch an sich noch so erlaubt und gerecht wäre, dennoch widerrechtlich, und nach der Absicht des Erblassers

*) Es ist hier nicht von dem Falle die Rede, da die privatorische Clausel auf den Fall ist beygefügt worden, dafern ein oder der andere, der im Testament bedacht worden ist, das Testament selbst anfechten sollte. Von der Wirkung dieser privatorischen Clausel handelt vorzüglich Herr Ober-Appellat. Rath KIND in Quaestion. for. Tom. I. Cap. 92. und Tom. III. Cap. 49.

strafbar, wenn sie seinem Willen, vorausgesetzt, daß er an sich nichts rechtswidriges enthält, zuwiderläuft.

L. 4. §. 10. L. 8. L. ult. §. 1. et 3. D. de doli mali et met. except.

AVERANIUS c. l. nr. 9. sqq.

§. 25.

Dagegen aber verdient doch in dem vorliegenden Falle der Umstand ganz vorzügliche Rücksicht, daß die Legatarien noch zur Zeit minderjährig sind, und daß ihr Vormund die Klage wider die Bartelschen Erbens-erben angestellt hat. Nun ist bekannten Rechtens,

1) daß Minderjährige gegen die Strafe der Unwürdigkeit überhaupt durch ihr Alter geschützt sind.

L. 5. §. 9. D. de his, quae ut indignis.

L. 6. Cod. eodem.

Westphals Theorie des Röm. Rechts von Testamenten §. 1116.

Eben so bekannt ist es

2) daß den Minderjährigen die Handlung ihres Vormundes nicht zum Nachtheil gereichen kann, besonders wenn es auf den Verlust eines Rechts ankommt.

L. 5. §. 9. D. de his, quae ut indign.

VOET Comm. ad Pand. Lib. XXXIV. Tit. 9. §. 11.

Hierzu kommt

3) daß den Minderjährigen die Unwissenheit des bürgerlichen Rechts nach klarer Vorschrift der Gesetze nichts

nichts schadet, sondern ihnen sogar auch in dem Falle zur Entschuldigung gereicht, wenn es blos auf die Erlangung eines Vortheils angesehen ist;

L. 9. pr. D. de iuris et facti ignor.

L. 2. et L. 11. Cod. eodem.

Endlich

4) findet überhaupt in Straffällen nach einer bekannten Regel keine Ausdehnung a persona ad personam Statt;

Cap. 15. de Reg. iur. in 6to.

LEYSER Meditat. ad Pandect. Vol. VI. Specim. CCCXCVIII. med. 6—8.

Es würde mithin den Legatarien doch immer zur Entschuldigung gereichen, daß sie nicht gegen die instituirten Testamentserbinnen selbst, von denen nur der Testirer redet, sondern erst gegen deren Erben geklagt haben.

§. 26.

Aus diesen Gründen glaube ich daher, daß sich die Legatarien in dem vorliegenden Falle durch Anstellung der Klage des Legats der 1000 Fl. Hauskaufgelder an sich nicht verlustig gemacht haben würden, wenn das Vermächtniß selbst nicht durch den Tod der Testamentserbinnen erloschen wäre.

XXXVII.

Rechtliches Gutachten

über die Gültigkeit einer vom Vater eigenmächtig unternommenen Veräusserung eines sehr beträchtlichen praedii adventitii der Kinder.

Geschichtserzählung.

§. 1.

Der verstorbene Amtmann Andreas Christoph Schröder hinterließ unter andern die im Amte Wittenburg und Gadebusch belegene Allodialgüter Drönnewitz, Röckenitz und Benthien, worüber seine Kinder, Friedrich Detloff, Andreas Christoph, und Anna Maria Schröder, verehelichte Ranniger, und zwar letztere in Assistenz ihres Ehemannes Marcus Ranniger, jene aber mit Zuziehung ihrer ehemaligen Vormünder, nämlich ihrer Mutter, der verwittweten Amtmännin, Anna Elisabeth Schröder, gebohrne Schubart, und des Pension. Schubart zu Steinbeck am 5. Jun. 1782. einen Erbtheilungs-Receß und resp. Kauf- und Verkauf-Contract errichteten. Vermöge desselben wurden

1) sämmtliche oben genannte Güter nebst dem Mobiliarnachlaß dem ältesten Sohn Friedrich Det-

Detloff Schröder für 90000 Rthlr. N. $\frac{2}{3}$.
zugeschlagen, von diesem aber hinwiederum

2) das im Amte Gadebusch belegene Guth Benthien der Anna Maria, verehelichte Ranniger, für 21000 Rthlr. N. $\frac{2}{3}$. erb- und eigenthümlich überlassen.

Laut der Anlage sub Nr. 1. §. 2. 4. u. 5.

§. 2.

Zufolge eben dieser Urkunde entsagten sämmtliche Contrahenten nicht nur allen Einreden, namentlich der des nicht genug gehabten Bedachts,

S. die Anlage sub Nr. 1. §. ult.

sondern sie errichteten auch noch eine besondere Urkunde,

Anlage sub Nr. 2.

wobey die Urkunde sub Nr. 1. zum Grunde gelegt, und in denjenigen Puncten, die nicht geändert waren, ausdrücklich genehmiget wurde. Nach dieser ward das Guth Benthien, der Anna Maria, verehelichten Ranniger, in Gemäsheit der in der Urkunde sub Nro. 1. getroffenen Vereinbarung in Assistenz ihres Ehemanns tradirt. Nicht minder ward allem diesen gemäß, im Jahr 1783. zugleich mit den Gütern Drönnewitz und Röckenitz auch das Guth Benthien „als der Anna Maria Ranniger Eigenthum" proklamirt, alle diejenigen, die daran aus irgend einem Grunde Ansprüche zu machen gemeint seyn möch-

ten, vorgeladen, und da sich Niemand meldete, ein rechtskräftiger Präclusiv-Abschied publicirt.

§. 3.

Desgleichen ward die Anna Maria Ranniger als Eigenthümerin des Guths Benthien von Herzogl. Lehn-Kammer, die auch wegen der Allodialgüter den Homagialeid sich ablegen ließ, zur Homagialeidesleistung geladen, und ihr, weil sie an persönlichen Erscheinen behindert wurde, auf ihr Gesuch erlaubt, den Eid durch einen Procurator schwören zu dürfen, den sie zu dem Ende durch eine specielle, mit dem Pettschaft ihres Ehemanns untersiegelte Vollmacht authorisirte; worauf sodann ihr Name, als Eigenthümerin des Allodialguths Benthien, im Staats-Kalender eingetragen ward.

§. 4.

In diesem Zustande blieb alles, solange die Anna Maria Ranniger lebte, und keinem fiel auch nur auf die entfernteste Art ein, ihre Qualität als Eigenthümerin des Guths Benthien zu bezweifeln. Es ward sogar nach dem Tode derselben von ihrem Ehemanne Marcus Ranniger das Eigenthum des Guths Benthien, als von seiner verstorbenen Ehefrau auf seine Kinder vererbt, selbst anerkannt, als er wegen der Minderjährigkeit seiner Kinder zur Homagial-

mogialeidesleistung von Herzoglicher Lehnkammer aufgefordert wurde.

§. 5.

Weil jedoch der Eid von ihm, obgleich Namens seiner Kinder, die noch in seiner väterlichen Gewalt waren, geleistet ward, so wurde sein Name, als Eigenthümer des Allodialguths Benthien, in den Staatskalender eingetragen.

Als sich nun in der Folge der Marcus Ranniger bey verschiedenen Gelegenheiten als Eigenthümer geriren zu wollen schien, und ihm deswegen von Herzoglicher Regierung, die mit der Lehnkammer verbunden ist, zum Bescheid gegeben wurde:

„daß er sich als jetzigen angeblichen Eigenthümer, mithin als Erben seiner Ehefrau, ad Acta legitimiren solle;"

so producirte derselbe ein vom Friedrich Detloff Schröder, von der Anna Elisabeth Schröderin, dem Pens. Schubart, und Andreas Christoph Schröder ausgestelltes Attestat, worin die Aussteller mit dem Erbiethen, es erforderlichen Falls eidlich zu bezeugen, versichern, daß

1) dem Marcus Ranniger das Guth Benthien für die Summe von 21000 Rthlr. käuflich überlassen worden, mit der Bedingung, daß er seiner seel. Frauen Erbtheil davon abziehen könnte; und

2) statt eines besondern deshalb desiderirten Kauf-Contracts zwischen Friedrich Detloff Schröder und Marcus Ranniger aus Irrthum nur ein Auseinandersetzungsvergleich von ihnen unterschrieben worden sey.

Vid. Anlagen sub Nr. 3. et sub Adjuncto sub Signo ⊙.

§. 6.

Marcus Ranniger ward auch hierauf wiederum zur Homagialeidesleistung zugelassen, jedoch von Herzoglicher Lehnkammer zur Ausführung seiner angeblichen Eigenthumsansprüche an ein forum curatelae verwiesen.

§. 7.

Nach Verlauf einiger Jahre, nemlich am 14ten Jun. 1791. verkaufte derselbe das Güth Benthien, als ihm eigenthümlich gehörig für 33000 Rthlr. und 200 Rthlr. Schlüsselgeld an den Amtsverwalter Ahrens zu kleinen Rüntz.

S. Anlage sub Nr. 4.

Nachdem nunmehr die Kinder der Anna Maria Ranniger theils großjährig, alle aber, da es bedenklich gefunden worden, ihrem Vater die fernere Verwaltung des mütterlichen Vermögens zu überlassen, sui iuris geworden; so haben sie, namentlich der Doktor Ranniger in Schwerin, seine Geschwister und

deren

deren Curatel, unzufrieden mit derjenigen Summe, die ihnen von ihrem noch lebenden Vater Marcus Ranniger von dem Benthiner Kaufpretium ausgesetzt worden, bey Herzoglicher Justizkanzley in Schwerin wider den Amtsverwalter Ahrens auf Herausgabe des Guths Benthien cum omni causa Klage erhoben.

§. 8.

In dieser fordern sie, nach der Anlage sub Nr. 5. das ihrer verstorbenen Mutter Anna Maria Ranniger in den Anlagen sub Nr. 1. et 2. verkaufte und tradirte, und nach deren Tode auf sie vererbte Allodialguth Benthien als ihr Eigenthum cum omni causa von dem Amtsverwalter Ahrens zurück, und behaupten, die von ihrem Vater Marcus Ranniger unternommene Veräusserung desselben,

„als sein eigenes Guth,"

sey um so mehr nichtig, als es auch bey derselben an den Erfordernissen, nämlich

1) an einer iusta alienationis causa,
2) an einer alienatione liberorum nomine facienda,
3) an einer causae cognitione et decreto magistratus competentis

fehle, unter denen ein Vater das peculium adventitium ordinarium seiner Kinder ausnahmsweise veräussern dürfe.

Sie bitten daher die von ihrem Vater Marcus Ranniger geschehene Veräusserung des Allodialguths

Ben-

Benthien für null und nichtig, und den Beklagten zu dessen Herausgabe cum omni causa für schuldig zu erklären.

§. 9.

Der Beklagte giebt zwar in seiner Exceptionsschrift

1) zu, daß die ganze Erbschaftsmasse des verstorbenen Amtmanns Schröder, also auch das Guth Benthien, dem Friedrich Detloff Schröder für 90000 Rthlr. erb- und eigenthümlich zugeschlagen worden sey; läugnet aber dagegen,

2) daß von demselben das Allodialguth Benthien mit Zubehör der Anna Maria Ranniger für 21000 Rthlr. erb- und eigenthümlich überlassen worden;

3) Gesteht, daß es ihm von Marcus Ranniger nach der Anlage sub Nr. 4. verkauft worden sey.

Diese Veräusserung sey aber von keinem Nicht-Eigenthümer geschehen, denn nicht die Anna Maria Ranniger, sondern deren Ehemann Marcus Ranniger habe das Guth Benthien von Friedrich Detloff Schröder erhalten. Dies beweise

a) das im Jahr 1784. ausgestellte Attestat sub Nr. 3.

Es sey also nur aus Irrthum der Name der Ehefrau desselben in dem Auseinandersetzungsvergleiche sub Nr. 1. geschrieben, welches seinem Auctori, dem

Mar-

Marcus Ranniger vermöge der L. 7. C. Si quis alteri vel sibi nicht habe schaden können. Denn der Verkäufer müßte nach jenem Attestat doch am besten wissen, an wen er verkauft habe, ob an seine Schwester oder an seinen Schwager.

b) Das bey der Tradition der Güter abgehaltene Protocoll (Anlage sub Nr. 2.) bestätige unwiderleglich, daß sein auctor Marcus Ranniger Acquirent des Guths Benthien gewesen, indem er an verschiedenen Stellen

vid. §. 4. 10. 18. 19. und die Schluß §§. der Anlage sub Nr. 2.

nicht nur Eigenthümer genannt, sondern von ihm auch Handlungen unternommen worden, die sich nur in Voraussetzung eines Eigenthums in seiner Person denken liessen. Dabey reservire er sich

c) ausdrücklich den Beweiß, daß sein auctor Marcus Ranniger Acquirent des mehrgedachten Guths gewesen.

4) Angenommen indessen, das Guth Benthien sey ein mütterliches Guth gewesen, so sey die Alienation, auch in dieser Hinsicht, ob causam necessitatis et utilitatis, worin sein Auctor sich befunden, erlaubt.

§. 10.

In der Replik acceptiren I) die Kläger die von dem Beklagten dahin geschehene Anerkennung des mehr-

mehrgedachten Auseinandersetzungsvergleichs vom 5ten Jul. 1782.

daß jene Urkunde von und in Gegenwart der interessirenden Personen unterschrieben worden.

Das dagegen vorgebrachte Attestat könne nichts relevіren:

a) weil es den attestirenden Personen an der Befugniß fehle, den von ihnen in der Anlage sub Nr. 1. geschlossenen Kauf und Verkauf ex capite erroris umzuschaffen, indem sie

aa) in jener Anlage sub Nr. 1. nicht nur allen Einreden, namentlich der, des nicht genug gehabten Bedachtes, entsagt; sondern auch

bb) die Anlage sub Nr. 1. nur hätten in der Anlage sub Nr. 2. zur Vollziehung bringen wollen, wobey zugleich die erstere in der letztern als richtig anerkannt und genehmiget worden wäre. Ausserdem seyen

cc) die Aussteller des Attestats durch den im Jahr 1783. publicirten Präclusiv-Abschied mit allen etwannigen Erinnerungen gegen die der Anna Maria Ranniger geschehene Ueberlassung des Guths Benthien rechtskräftig ausgeschlossen. Sie könnten auch

dd) durch beregtes Attestat ihre eigenen Handlungen nicht impugniren, noch

ee) Rech-

ee) Rechte, die sie ihrer Mutter in der Anlage sub Nr. 1. per modum pacti eingeräumt hätten, ex post durch eine entgegengesetzte Declaration nehmen, weil dies ein Zeugniß in propria causa involviren, und unius dissensu von einem Vertrage abgehen heißen würde, dergleichen nicht Statt finde. Ueberdem seyen

b) Attestate, wenn sie auch von Notarien und den unverdächtigsten Personen ausgestellt seyn sollten, eben so wie Aussagen unbeeidigter Zeugen, ohne alle Beweiskraft.

L. 9. C. de testibus.

Cap. 51. X. eodem.

II. Acceptiren Kläger die vom Beklagten geschehene Anerkennung der Anlage sub Nr. 2. Widersprechen aber den von dem Beklagten daraus abgeleiteten Argumenten für das Eigenthum des Guths Benthien in der Person ihres Vaters; indem

a) der Eingang jener Anlage hinlänglich andeute, daß ihr Vater blos als ehelicher Assistent ihrer Mutter gehandelt habe, mithin alles von ihm Prädicirte unter dieser Eigenschaft begriffen und zu verstehen sey, und daß nur der Contract sub Nr. 1. in der Anlage sub Nr. 2. habe zur Vollziehung gebracht werden sollen, überdem

b) selbst von der Eigenschaft ihres Vaters, als ehelicher Assistent ihrer Mutter, abstrahirt, doch immer

die

angeblich ihm für sich geschehen seyn sollende Tradition des Allodialguths Benthien eine traditio absque titulo dominii translativo würde gewesen seyn.

III) Der Beweis des Eigenthums, den der Beklagte aliunde zu führen sich ausdrücklich vorbehalten hat, sey

a) in thesi unmöglich, weil die Kläger das Eigenthum durch die bereits vom Beklagten geschehene Anerkennung ihrer Urkunde sub Nr. 1. et 2. erwiesen, folglich eine probatio directa contrarii wegfalle. Es bliebe demnach

b) dem Beklagten nur in thesi der Beweis eines Irrthums in der Acquisition ihrer Mutter offen, um durch denselben ihren Beweis zu entkräften. Allein dieser Beweis wäre in concreto irrelevant, indem dem Irrthume auch von des Beklagten auctore, dem Marcus Ranniger, durch seine persönliche Gegenwart und Mitwirkung bey Vollziehung der Anlage sub Nr. 1. entsagt, und die Acquisition des Guths Benthien in der Anlage sub Nr. 2. genehmiget, so wie durch den im Jahr 1783. publicirten rechtskräftigen Präclusiv-Abschied mit Ausschluß aller Erinnerungen rechtskräftig gewähret worden sey. Habe nun seinem auctori kein weiterer Beweiß gegen die Urkunden sub Nr. 1. et 2. zu führen freygestanden, so könne auch desselben Successor, der Beklagte, zu

einem solchen Beweis nicht zugelassen werden.
Da also

IV) das auf die Kläger von ihrer Mutter vererbfällte Guth von ihrem Vater

als sein eigenes Guth, willkührlich und ohne irgend eine Rücksicht auf sie zu nehmen,

wäre veräussert worden, so könne die Frage gar nicht mehr seyn,

ob und wie weit ein Vater sonst ex lege aus bestimmten Ursachen und im Namen der Kinder ein peculium adventitium ordinarium zu veräussern berechtiget sey?

Ueberhaupt aber sey die Theorie des Beklagten in Rücksicht dieser Frage unrichtig. Zur richtigen Bestimmung derselben müßten

1) die Fälle, in welchen nach einem Rechte des Vaters nicht gefragt würde, wo nämlich die Veräusserung ex iuris necessitate vorzunehmen wäre, gänzlich abgesondert werden, und

2) könnte nicht jede facti necessitas da für einen Alienationsgrund gelten, wo nur bestimmte ausgedrückte Fälle, nämlich

a) ob aes alienum ex defuncti persona descendens,

b) ob legatorum et fideicommissorum praestationem,

c) si in hereditate res onerosae vel damnosae inveniantur,

als Alienationsgrund von den Gesetzen anerkannt, und jede andere Veräusserung, selbst eine Veräusserung der Alimente wegen verworfen würde.

L. 8. §. 5. C. de bonis quae liberis.

Es falle also

3) die causa utilitatis um so mehr von selbst weg, als in facti necessitate ein weit vorzüglicher Grund liegt.

§. II.

In der Duplik behauptet Beklagter, er habe in seiner Exceptionsschrift die Ungültigkeit der Urkunde sub Nr. 1. die contra veritatem facti ausspreche, hinlänglich gezeigt, und nicht blos geläugnet, daß Friedrich Detloff Schröder das Allodialguth Benthien der Anna Marid Ranniger überlassen habe, sondern sogar das Gegentheil, daß es ihrem Mann überlassen sey, bewiesen.

Die Grundsätze von dem peculio adventitio gehörten nicht hierher, wo der Vater nicht das Guth seiner Kinder, sondern sein eigenthümliches Guth verkauft habe.

Gesetzt Benthien wäre der Kläger Mutterguth, so bestünde doch die Veräusserung als eine alienatio maxime necessaria. Denn 1) habe die auf dem Guthe ruhende Schuldenlast anders nicht getilgt werden können, und 2) habe auf die Erziehung der Kinder, Aussteuer

der Töchter und das academische Studium des ältesten Sohns viel verwendet werden müssen.

§. 12.

In der Triplik behaupten Kläger, da Beklagter ihre Urkunden sub Nr. 1. et 2. im Allgemeinen ratione formae nur mit Ausnahme eines Theils derselben (ratione materiae) anerkannt habe, und ihm eine solche Ausnahme zu machen nicht erlaubt sey, so hätten sie schon das Eigenthum für sich erwiesen. Zu einem Gegenbeweis könne Beklagter nicht gelassen werden Die Veräusserung des Guths, die der Kläger Vater als sein eigen Guth unternommen, sey also durchaus nichtig. Denn es fehle

a) an einer gesetzlichen Veräusserungsursache; drückende Schuldenlast des Vaters, und nöthige Erziehung der Kinder könnten nicht dafür gelten, indem Schulden des Vaters um deswillen nicht in Betrachtung kämen, weil er nach L. 6. §. 2. C. de bonis quae lib. das Guth nicht verhypotheciren könne, und sonst keine von den gesetzlich benannten causis alienationis eintrete. Uebrigens folge niemals aus der factischen Nothwendigkeit zu veräussern, daß der Vater das Recht zu veräussern habe. Die *L. 8. §. 4. et 5. C. de bonis quae lib.* erlaube dies dem Vater nicht einmal im Falle der Alimente. Beklagter müßte also beweisen, daß der Kläger Vater eine iustam alienationis causam gehabt habe. Allein dieser Beweiß sey hier überflüssig, weil es

b) an einer causae cognitione und decreto magistratus competentis fehle. Der Grund hiervon liege in der Qualität der Minderjährigkeit des Eigenthümers, und sey auch nöthig, wenn die Kinder, denen das zu veräussernde Guth gehört, noch minderjährig wären, cum similis sit conditio minorum omnium,

L. 3. C. de his, qui ven. aet.

und auch die L. 11. D. de reb. eor. qui sub tut. von Minderjährigen überhaupt rede; überdem das Veräusserungsrecht eines Vaters in den erlaubten Fällen nicht ex patria potestate, sondern ex speciali lege fließe.

L. 8. C. de bon. quae liber.

c) Der Umstand, daß die vorliegende Veräusserung nicht filii nomine geschehen sey, hindere allerdings ihren Rechtsbestand, denn darnach beurtheilten die Gesetze selbst, ob der Vater für seinen filiumfamilias habe handeln wollen.

L. 2. C. Si quis alteri vel sibi.

L. 8. §. 6. C. de bonis quae lib.

ohnedem mißbilligten sie ausdrücklich eine Alienation, die der Vater suo nomine unternimmt,

L. 6. §. 2. C. de bon. quae lib.

weil in Absicht auf das Eigenthum der Adventitien die unitas personae wegfalle, und Vater und Sohn wie Fremde zu betrachten wären, daher auch die Einwilligung des Sohns erfordert werde.

§. 13.

§. 13.

In der Quadruplik äussert der Beklagte, es komme in der Hauptsache auf zwey Fragen an:

I) Ob das Guth Benthien ein mütterliches Guth der Kläger gewesen?

Davon erhelle das Gegentheil aus der Anlage sub Nr. 2. wo Marcus Ranniger, was bey seiner Gattin nicht geschehen sey, mehrmals Eigenthümer genennt werde; und da man, den einzigen actum traditionis ausgenommen, alles übrige mit ihm allein abgemacht habe, sich wegen der Gränze, wegen der Unterthanen, wegen der Fassung der Obligationen arrangirt, ihn für den, bey dem das rückständige Kaufgeld stehen bliebe, erklärt, ihn Käufer genennt habe; so sey klar, daß er Debent des Kaufgeldes, also Käufer gewesen, und daß er der eigentliche Acquirent gewesen; womit das Atteſtat sub Nr. 3. übereinstimme.

II) Ob, wenn es ein mütterliches Guth gewesen wäre, die Alienation nichtig sey? ob sie unter Umständen geschehen sey, in welchen die Veräusserung des peculii adventitii dem Vater untersagt?

Dies müßten Kläger beweisen. Denn sie wollten die geschehene Veräusserung für nichtig erklärt wissen. Sey nun auch gleich die Veräusserung in der Regel nicht erlaubt, so sey sie es doch in gewissen Fällen ausnahmsweise. Wollten also die Kläger die geschehene

Veräusserung für nichtig erklärt wissen; so müßten sie den Grund ihrer Klage darin setzen:

Daß die Veräusserung des Guths ausserhalb der Umstände geschehen sey, in welchen sie nach den Gesetzen dem Vater erlaubt ist.

Diesen Klagegrund müßten die Kläger um so mehr beweisen, da der Beklagte solches geläugnet. Ursachen, aus welchen die Gesetze einem Vater erlauben, seiner Kinder mütterliches Guth zu veräussern, seyen im vorliegenden Fall vorhanden.

a) Waren Schulden der Mutter da, sie war, vorausgesetzt, daß das Guth Benthien ihr gehörte, gleich anfangs ihrem jüngern Bruder nahe an 9000 Rthl. schuldig, nämlich 7534 Rthl. 9 Schill. Kaufgeld, dann auch 1000 Rthlr.

Anlage Nr. 2. sub Adj. A.

Nachher sey bey der Mutter Lebzeiten der Hof ganz neu gebaut, und eine Menge anderer Meliorationen gemacht, welche Anleihen forderten. Diese wären als Guthsschulden anzusehen, wenn gleich der Vater, der das Guth als das seinige betrachtete, sie auf seinen Namen genommen, und so vom Kaufgelde berichtiget hätte. Es sey also Grund genug zum Verkauf vorhanden gewesen.

Das Gesetz fordere nicht gerade eine überwiegende Schuldenlast, sondern nur ein Beträchtliches an Zinsen, die den niesbrauchenden Vater in Verlegenheit

setzen

setzen könnten. Das Gesetz sagt: wenn Schulden da sind, die von dem herrühren, durch welchen das Vermögen der Kinder kommt, so habe der Vater das Recht zu verkaufen: ut illico reddatur aes alienum, nec onere usurarum praegravetur.

b) Dem Vater sey unmöglich gewesen, nach Abzug der Zinsen, die nöthigen Alimente für seine Kinder zu bestreiten, sie davon resp. studiren zu lassen, und auszusteuern. Sey zur Abtragung der Vermächtnisse und Bezahlung der Schulden die Veräusserung erlaubt, so müsse auch die causa alimentorum eine rechtmäßige Ursache seyn.

c) Unter diesen Umständen, wo beträchtliche Zinsen von Guthsschulden, und ein Aufwand zur Ernährung und Erziehung der Kinder hätte hergegeben werden müssen, und wo es zweifelhaft war, ob ein so hohes Kaufpretium jemals wieder zu haben seyn würde, würde das Guth dem Nachlasse onerös und schädlich gewesen seyn. Den Vater der Kläger habe also Nothwendigkeit und Nützlichkeit zur Veräusserung berechtiget.

Ganz ungegründet sey es, daß die geschehene Veräusserung wegen Mangel in den Förmlichkeiten nichtig sey.

a) Ein decretum de alienando sey dem Vater nirgends vorgeschrieben. Der Vater habe vielmehr in den Fällen der L. 8. C. de bon. quae lib. schlechthin die Freyheit zu veräussern. Die L. 1. D. de rebus eor.

qui sub tutela rede blos von Vormündern und Curatoren.

b) Auf den Umstand, daß das Guth Benthien vom Vater der Kläger suo nomine, nicht filiorum nomine verkauft habe, könne nichts ankommen. Das Gesetz wolle nur soviel sagen:

Der Vater solle nicht, wie er bisher gethan habe, über das Vermögen des Sohns suo nomine, d. h. nicht nach seiner Willkühr, und so, daß er es zu seinem Nutzen verwende, disponiren. Daß der Vater bey der Veräusserung ausdrücklich erkläre, daß er Namens des Kindes handle, sey nicht vorgeschrieben, sondern schon genug, wenn der Vater wegen des Sohns etwas thue, wenn der Verkauf aus dem Seinigen geschieht, um ihn dadurch von einer Verbindlichkeit zu befreien oder seinen Nutzen zu befördern.

§. 14.

Bestimmung der aufzulösenden Fragen.

Nach dieser Lage der Sache wünschen nun die Kläger theils zu desto richtigern Prüfung und Beurtheilung des bereits gesprochenen Urtheils, theils zum Zweck der bey der weitern Fortsetzung des Processes zu ergreiffenden Maasregeln, rechtliche Belehrung über nachstehende Fragen:

I. Ob und in wieweit die Anlagen sub Nr. 1. u. 2. vom Beklagten als richtig anerkannt seyen?

II. Ob

II. Ob eine Anerkennung der Urkunden als richtig ratione formae zu dem Schluß berechtige, daß auch der Inhalt wahr sey?

III. Ob und wieweit erlaubt sey, gegen den Inhalt der ratione formae als richtig anerkannten Urkunde zu beweisen?

α) im Allgemeinen.

β) Ob ein solcher Beweis des Beklagten auctori Marcus Ranniger gegen die Urkunden sub Nr. 1. et 2. freystehe?

γ) Ob ein solcher Beweis dem Beklagten qua cessionario auctoris sui gegen die Urkunden sub Nr. 1. et 2. freystehe?

δ) Ob die Urkunden sub Nr. 1. et 2. als klare Briefe und Siegel auch im Verhältniß der Kläger zu dem Beklagten anzusehen, und ob dagegen remedia quoad effectum suspensivum nach den §§. 384. u. 385. des Meklenburgl. Landvergleichs zuläßig seyen?

IV. Ob das von Klägern in der Klage mit zum Grunde gelegte Factum:

daß ihrer Mutter Anna Maria Ranniger das Guth Benthien vom Friedrich Detloff Schröder in Gemäsheit der Anlage sub Nr. 1. verkauft, und nach der Anlage sub Nr. 2. tradirt worden, sie folglich in dominio vel quasi sich befunden,

als vom Beklagten eingestanden und pro re liquida zu achten?

V. Ob die von Marcus Ranniger an den Beklagten nach der Anlage sub Nr. 4. geschehene Veräusserung des Allodialguths Benthien für absolut nichtig zu achten sey?

VI. Ob, da Marcus Ranniger das Guth Benthien nach der Anlage sub Nr. 4. und nach des Beklagten Geständniß als sein putatives Eigenthum veräussert habe, etwas darauf ankommen könne, wenn zufälliger Weise Umstände, unter denen Marcus Ranniger das Guth Benthien als Guth seiner Kinder habe verkaufen können, einträfen, — Umstände, die ihn auf allen Fall genöthiget hätten, die Veräusserung des Guths Benthien zu bewirken?

VII. Ob und wieweit ein Vater das peculium adventitium veräussern dürfe?

a) ob hierbey bona materna von andern bonis adventitiis des filiifamilias zu unterscheiden seyen?

b) Ob der Vater schlechterdings an die wörtlichen Veräusserungsursachen der L. 8. §. 5. C. de bon. quae lib. gebunden sey? oder ob er auch wegen anderer noch grösserer factischer Nothwendigkeit oder ob rationem utilitatis veräussern dürfe?

c) Ob in alienatione bonorum adventitiorum a patre facta causae cognitio et decretum magistratus competentis sub poena nullitatis erforderlich sey?

d) Ob der Vater das peculium adventitium filiifam. sub poena nullitatis nur filii nomine, und nicht suo nomine veräussern dürfe? Worin die Veranlassung, der Grund und Sinn der Dispositon: der Vater solle

filii nomine

und nicht suo nomine veräussern, bestehe?

VIII. Wem der Beweis von dem Daseyn einer legitimae peculium alienandi causae obliege? den Klägern oder dem Beklagten? und ob den Klägern der Beweis:

daß kein Grund zur Veräusserung des Guths Benthien vorhanden gewesen,

obliege?

§. 15.

Beantwortung der ersten Frage.

Ob und in wieweit die Anlagen sub Nr. 1. u. 2. vom Beklagten als richtig anerkannt seyen?

Nun hat zwar Beklagter in seiner Exceptionsschrift geradezu geläugnet, daß das Allodialguth Benthien vom Friedrich Detloff Schröder der Anna Maria Kannigex für 21000 Rthlr. erb- und eigenthüm-

thümlich überlassen worden sey; auch nachher in seiner Duplik nochmals ausdrücklich erklärt, wie er die Ungültigkeit der Urkunde sub Nr. 1. hinlänglich durch den Beweis des Gegentheils, nämlich, daß das gedachte Guth nicht der Anna Maria Ranniger, wie die Urkunde sub Nr. 1. besage, sondern vielmehr ihrem Ehemann

laut des der Anlage sub Nr. 3. beygefügten Attestats sub ⊙.

überlassen sey, dargethan habe, ja er hat sich sogar zum Beweis seiner Behauptung selbst auf die Anlage sub Nr. 2. bezogen, indem darin sein auctor, Marcus Ranniger, an mehreren Orten, als

§. 4. 10. 18. u. 19. und am Schluß

nicht nur Eigenthümer des Guths Benthien genennt werde, sondern von ihm auch Handlungen unternommen worden wären, die sich nur in Voraussetzung eines Eigenthums in seiner Person denken ließen.

§. 16.

Allein da die Anerkennung einer Urkunde blos darin besteht, daß der Product die Richtigkeit derselben gerichtlich eingestehe; folglich bey derselben die Frage nicht davon ist, ob das Document das wirklich beweise, was es beweisen soll, sondern ob eine Urkunde diejenige sey, für welche sie von dem Producenten ausgegeben wird.

Danz Grundsätze des gemeinen ordentlichen bürgerlichen Processes §. 331.

Daß

Daß aber eine solche Anerkennung in Ansehung der Anlagen sub Nr. 1. et 2. von Seiten des Beklagten, wo nicht ausdrücklich, doch wenigstens stillschweigend geschehen sey, sich daraus ohne Zweifel folgern läßt,

1) daß derselbe gegen die Richtigkeit dieser Urkunden an sich nichts eingewendet, vielmehr

2) die Richtigkeit der Anlage sub Nr. 1. und deren Unterschrift, worauf es bey der Anerkennung einer Urkunde hauptsächlich ankommt, durch das von ihm beygebrachte Attestat sub ⊙ der Anlage sub Nr. 3. selbst ausser allen Zweifel gesetzt hat, indem darin diejenigen, welche die gedachte Urkunde sub Nr. 1. unterschrieben haben, und durch die der Beklagte das Gegentheil von dem, was diese Urkunde enthält, zu beweisen sucht, die Aechtheit derselben, und ihrer Unterschrift ausdrücklich eingestehen; nicht minder

3) die Anlage sub Nr. 2. wodurch die Urkunde sub Nr. 1. bestätiget worden, selbst für sich gebraucht und angeführt hat; nun aber einer solchen stillschweigenden Anerkennung die nämliche Kraft beygelegt wird, welche eine ausdrückliche hat:

Eberh. Christ. CANZ Tract. de probabilitate iuridica §. 188. et 192.

Danz a. a. O.

Grol.

Grolmanns Theorie des gerichtlichen Verfahrens in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten §. 89.

HOFACKER Princip. iuris civ. Rom. germ. Tom. III. §. 4462.

Hingegen die von dem Beklagten dagegen vorgebrachte Einrede, daß die Anlage sub Nr. 1. einen Irrthum enthalte, und contra veritatem facti streite, nicht die Richtigkeit, sondern die Beweiskraft des Documents betrift, welches zwey ganz verschiedene Puncte sind, die bey einer jeden Urkunde wohl unterschieden werden müssen,

Mehlen Anleitung zum gerichtlichen Proceß 1. Th. §. 393.

so bin ich der rechtlichen Meinung:

Daß die Anlagen sub Nr. 1. u. 2. von dem Beklagten zwar allerdings als richtig anerkannt worden, jedoch, soviel die Anlage sub Nr. 1. anbetrift, nur deren Authenticität, nicht aber die Beweiskraft derselben in Rücksicht des Puncts, weswegen sie von den Klägern producirt worden ist, stillschweigend sey anerkannt worden.

§. 17.

Beantwortung der zweyten Frage.

Ob eine Anerkennung der Urkunde als richtig ratione formae zu dem Schluß berechtige, daß auch der Inhalt wahr sey?

Da

Da durch die Anerkennung einer Urkunde nur die Aechtheit und Richtigkeit derselben auſſer Zweifel gesetzt wird; hingegen auf die Wirkung des Inhalts die Recognition sich keinesweges erstreckt,

Gönners Handbuch des teutschen gemeinen Processes 2. Band Nr. 46. §. 11. S. 73.

daher denn auch alle Einreden, die die Beweiskraft der Urkunde betreffen, dem Producten immer noch nach der Anerkennung, und ohne daß ein Vorbehalt nöthig wäre, offen bleiben:

SCHAUMBURG Princip. prax. iurid. iudiciar. Lib. I. Sect. 1. membr. 3. cap. 3. §. 19.

WERNHER Observat. for. Tom. I. P. 4. Obs. 169.

Danz Grundsätze des gemeinen bürgerlichen Processes §. 331.

zu diesen Einreden aber vorzüglich die Einrede des Irrthums gehört, besonders wenn diejenigen, welche das Document unterschrieben haben, selbst bezeugen, daß sich die Sache anders verhalte, als das Document besagt:

Nov. LXXIII. cap. 3.

VOET Commentar. ad Pandect. Lib. XXII. Tit. 4. §. 14.

So möchte es zwar scheinen, daß die Anerkennung einer Urkunde in Rücksicht ihrer Form noch keinesweges zu dem Schluß berechtige, daß auch ihr Inhalt wahr sey.

§. 18.

§. 18.

Weil aber doch eine Privaturkunde, wenn sie von dem Producten einmal gerichtlich recognoscirt worden ist, hierdurch vim documenti iudicialis erhält, für dieses aber die rechtliche Vermuthung streitet, daß der Inhalt desselben der Wahrheit gemäß sey;

KIND Quaestiones forens. Tom. III. Cap. 64.

hiernächst ein Irrthum überhaupt so wenig, als ein Betrug im Zweifel vermuthet werden kann,

MEVIUS P. VIII. Decis. 8.

Joh. Fried. Reitemeiers allgemeines teutsches Gesetzbuch 2. Band Tit. 35. §. 25. ff.

so daß, wenn gleich derjenige selbst, welcher das Document geschrieben zu haben einräumt, behaupten wollte, daß dasselbe Unwahrheiten enthalte, dennoch hierdurch die Glaubwürdigkeit der Urkunde an sich noch nicht entkräftet wird, solange nicht das Gegentheil erwiesen ist.

VOET Commentar. ad Pandect. Tit. de fide instrumentor. §. 11.

dieses aber noch vielmehr von solchen Urkunden gelten muß, welche über ein abgeschlossenes Geschäft in der Absicht errichtet worden sind, damit das Geschäft dadurch erwiesen werden solle, wie hier insonderheit der Fall ist, weil die Ausfertigung einer Urkunde über Rechtsgeschäfte eine Handlung ist, welche mit Vorbedacht geschieht,

Grolmanns Theorie des gerichtlichen Verfahrens §. 88.

Gönners Handbuch des teutschen gemeinen Processes 2. Bd. Nr. XLVI. §. 17. S. 485.

so ist aus diesen Gründen mit Recht zu behaupten:

Daß eine Anerkennung der Urkunde als richtig ratione formae zu dem Schluß allerdings berechtige, daß auch der Inhalt wahr sey.

§. 19.

Beantwortung der dritten Frage.

Ob und wie weit erlaubt sey, gegen den Inhalt der ratione formae als richtig anerkannten Urkunden zu beweisen,

α) im Allgemeinen?

β) ob ein solcher Beweis des Beklagten auctor Marcus Ranniger gegen die Urkunden sub Nr. 1. et 2. freystehe?

γ) ob ein solcher Beweis dem Beklagten, qua cessionario auctoris sui gegen die Urkunden sub Nr. 1. et 2. freystehe?

δ) ob die Urkunden sub Nr. 1. et 2. als klare Briefe und Siegel auch im Verhältniß der Kläger zu dem Beklagten anzusehen? und ob dagegen remedia quoad effectum suspensivum nach den §§. 384. u. 385. des Mecklenburgischen Landvergleichs zulässig seyen?

Nun läßt sich zwar

ad α) im Allgemeinen nicht bezweifeln, daß gegen den Inhalt einer ratione formae als richtig anerkannten Urkunde ein Beweis Statt finde. Denn

1) folgt noch nicht, daß eine Urkunde, deren Aechtheit von dem Producten anerkannt worden, nun auch das beweise, was sie soll; da sich ja der Fall als möglich denken läßt, daß dieselbe blos zum Schein errichtet worden, oder daß sie Unwahrheiten enthält. Daher versteht sich jede Recognition von selbst mit Vorbehalt aller Einreden.

HELLFELD jurisprud. for. T. II. §. 1167.

Martins Lehrbuch des gemeinen bürgerlichen Processes. §. 167.

Es muß also auch dem Producten, der die Beweiskraft der Urkunde durch eine Einrede zu bestreiten sucht, erlaubt seyn, darüber den Beweis zu führen.

L. 13. Cod. de non numer. pecun.

VOET Comm. ad Pand. Tit. de fide instrumentor.

§. 11.

2) Können Privaturkunden, wenn auch deren Aechtheit durch die Recognition ganz ausser Zweifel gesetzt worden ist, doch nicht mehr Kraft haben, als öffentliche. Nun schliessen aber auch diese den Beweis des Gegentheils nicht aus.

Cap. 10. X. de fide instrumentor.

WERNHER Observat. for. P. I. Obs. 12.

HELL-

HELLFELD jurisprud. for. T. II. §. 1159. not. y.

REINHARTH select. Observat. ad Christinaeum Vol. III. Obs. 6.

Glücks ausführliche Erläuterung der Pandecten 6. Th. 2. Abth. §. 528. S. 453. f.

§. 20.

Allein es kommt

ad β) darauf an, ob ein solcher Beweis des Beklagten auctori, Marcus Ranniger gegen die Urkunden sub Nr. 1. et 2. freystehe?

Nun könnte man zwar glauben, die Sache finde kein Bedenken, wenn man erwägt, daß die Gesetze auch sogar gegen ein schriftliches Schuldbekenntniß dem Aussteller, der anerkannten Aechtheit des Documents ungeachtet, den Beweis vom Gegentheil desjenigen gestatten, was in dem Eingeständniß enthalten ist.

L. 25. §. 4. D. de probat.

L. 13. Cod. de non numerata pecunia.

Gönners Handbuch des gemeinen Processes 2. Band Nr. XLVI. §. 12. S. 473.

und wenn gleich in der

L. 14. Cod. de contrah. et committ. stipulat.

den Urkunden, welche über wechselseitige Rechtsgeschäfte errichtet worden, unter den Interessenten volle Beweißkraft beygelegt wird, so soll doch nach ausdrücklicher Verordnung dieses Gesetzes der Gegenbeweiß

nicht ausgeschlossen seyn, wenn dargethan werden kann, daß das Factum sich anders verhalte, als es die Urkunde aussagt; ja wenn die Zeugen, die ein Instrument unterschrieben haben, eidlich aussagen, daß die Urkunde unrichtig gefaßt sey, so soll

vermöge der Nov. LXXIII. cap. 3.

ihrem Zeugniß mehr Glaubwürdigkeit beygelegt werden, als der Urkunde, die sie selbst unterschrieben haben.

Just. Henning BOEHMER Diss. de collisione probationum Cap. II. §. 16.

Martins Lehrbuch des teutschen gemeinen bürgerlichen Processes §. 137. S. 160.

§. 21.

Dessen ungeachtet aber steht dennoch ein solcher Beweis des Beklagten auctori gegen die Urkunden sub Nr. 1. et 2. auf keine Weise zu. Denn sollte ihm der Beweis nachgelassen werden, daß die gedachten Urkunden einen Irrthum enthalten, und daß das Guth Benthien nicht seiner Ehefrau, wie die Urkunde sub Nr. 1. besagt, sondern vielmehr ihm käuflich überlassen worden sey; so würde es erst darauf ankommen, ob ein solcher Irrthum an sich wahrscheinlich, und unverschuldet sey. Denn ein Irrthum, welcher Thatsachen betrifft, verdient nur insoferne rechtliche Entschuldigung, als dem Irrenden keine große Nachlässigkeit zur Last fällt. Grobe Sorglosigkeit ist nie verzeihlich, sondern billig

muß

muß jeder den daraus entstehenden Nachtheil selbst tragen, der bey mäßiger Vorsicht den Irrthum hätte vermeiden können.

L. 3. §. 1. L. 6. L. 9. §. 2. D. de iuris et facti ignorant.

Christph. Lud. CRELLII Diss. de ignorantia facti proprii interdum innocua. Vitemb. 1741. §. 2. et 3.

Nun aber ist im vorliegenden Falle

I) ein solcher Irrthum, wodurch das Eigenthum des Guthes Benthien in dem Theilungs-Receß sub Nr. 1. der Anna Maria Ranniger statt ihres Ehemanns von den Erbinteressenten solle zugeschrieben worden seyn, an sich ganz unwahrscheinlich, in näherem Betracht

1) die Ausfertigung einer Urkunde über wechselseitige Rechtsgeschäfte überhaupt eine Handlung ist, welche mit Vorbedacht geschieht, oder bey welcher ein Leichtsinn allemal einen hohen Grad von Schuld in sich faßt, deren nachtheilige Folgen ihren Urheber mit allem Rechte treffen.

Gönners Handbuch des gemeinen Processes 2. Band Nr. XLVI. §. 17. S. 485.

2) Ist die Urkunde sub Nr. I. von den sämmtlichen vier Hauptinteressenten unterschrieben und besiegelt worden, welche durch ihre Unterschrift ein unumwundenes Eingeständniß von ihrer Einwilligung in den

Inhalt und von der Richtigkeit deſſelben abgelegt haben. Daß nun dieſe alle in gleichem Irrthum ſich befunden haben ſollten, iſt nicht nur an ſich unglaublich, ſondern kann auch um ſo weniger angenommen werden, da ſie ſich

3) zur unverbrüchlichen Beobachtung und Erfüllung alles deſſen, was in der Urkunde ſub Nr. I. beliebt, zugeſagt und verſprochen worden, nach §. 20. derſelben ſogar bey Verpfändung ihres Vermögens feyerlichſt verpflichtet, und nach §. 21. zugleich der Einrede des nicht genug gehabten Bedachts namentlich und ausdrücklich entſagt haben. Geſetzt aber,

4) es wäre bey der Urkunde ſub Nr. 1. der vorgegebene Irrthum möglich geweſen, ſo war doch die Urkunde ſub Nr. 2. wie deren Eingang deutlich beſagt, dazu beſtimmt, um dasjenige, was laut der Urkunde ſub Nr. 1. zwiſchen den Intereſſenten abgeſchloſſen worden, theils zu berichtigen, theils zur Erfüllung zu bringen. Daher denn auch, wie die Worte in der Urkunde ſub Nr. 2. lauten, beliebt worden, den an demſelben Tage abgeſchloſſenen Vergleich und Contract Punct für Punct durchzugehen, und bey einem jeden §. nicht nur das Nöthige anzumerken, ſondern auch ſchließlich eine Abrechnung zu machen, was ein jeder der Erbintereſſenten nach dieſem Verein und Kauf- und Verkaufs-Contract zu thun, zu leiſten und zu empfangen habe. Es würde alſo hier gewiß der Irrthum entdeckt,

deckt, und folglich derselbe nicht unberichtiget geblieben seyn, wenn allenfalls dergleichen vorgefallen wäre. Nun aber ist

5) in dieser Urkunde, so wenig ad §. 4. der Urkunde sub Nr. 1. nach dessen deutlichen Inhalt Herr Friedrich Detloff Schröder mit Consens seines Bruders, Herrn Andreas Christoph Schröders, das Guth Benthien an seine Schwester, Frau Anna Maria Ranniger, und deren Erben zum wahren und unwiderruflichen Eigenthum für die Summe von 21000 Rthlr. überläßt, etwas hierin abgeändert, als ad §. 10. wegen Abtrags des Benthiner Kaufschillings etwas weiter zu erinnern gefunden worden. Wenn nun gleich ad §. 19. dieser Urkunde deren Ehemann, Herr Ranniger, Eigenthümer genennt wird, so erhellet doch nicht nur

6) aus dem Adjuncto derselben sub Lit. B. welches nach dem ausdrücklichen Inhalt des gedachten §. 19. als richtig von allen Interessenten agnosciret worden, daß die Madame Ranniger die Käuferin des Guths Benthien sey, indem ihr nach diesem Ausgleichungs-Receß die Kaufgelder an ihrem Erbtheile sind angerechnet worden; sondern es ist auch

7) aus der Urkunde sub Nr. 2. und deren 3ten Blatt selbst deutlich zu ersehen, daß die Uebergabe dieses Guths von der Frau Amtmännin Schröder und deren beyden Söhnen an die gedachte Frau Anna Maria Ranniger und deren Ehemann, Herrn Marcus Ran-

niger geschehen sey. Wie wenig es aber die Absicht der Interessenten gewesen sey, dem Marcus Ranniger das Guth zu verkaufen, ergiebt sich endlich

8) daraus, daß desselben bey der Schliessung des Kaufs über das Guth Benthien nie als eines Hauptcontrahenten, sondern immer nur als eines ehelichen Vormundes und Assistenten seiner Ehefrau gedacht, diese hingegen in beyden Urkunden als Hauptinteressentin und Contrahentin aufgeführt wird. Gewiß würde Marcus Ranniger, welcher bey der Abschliessung des Geschäfts selbst gegenwärtig war, dieses nicht haben geschehen lassen, wenn er selbst der Käufer des Guths Benthien gewesen wäre.

§. 22.

So wenig sich nun aber aus den angeführten Gründen ein Irrthum mit einiger Wahrscheinlichkeit gedenken läßt; so wenig würde derselbe auch

II) einige Entschuldigung verdienen, wenn dergleichen wirklich vorgefallen wäre, weil er einen hohen Grad der Nachläßigkeit in sich schliessen würde. Facti enim ignorantia, sagt Paulus

L. 9. §. 2. D. de iuris et facti ignorantia.

ita demum cuique non nocet, si non ei summa negligentia obiiciatur:

und hiermit stimmt auch Ulpian

L. 6. D. eodem

überein, wenn er sagt: Nec supina ignorantia ferenda

renda est factum ignorantis, ut nec scrupulosa inquisitio exigenda. Scientia enim hoc modo aestimanda est, ut nec negligentia crassa, nec nimia securitas satis expedita sit, neque delatorla curiositas exigatur.

Aus diesen ganz entscheidenden Gesetzstellen fließt daher der ganz richtige Grundsatz, welchen

CRELL in Diss. de ignorantia facti proprii interdum innocua, §. 3.

daraus ableitet, wenn er daselbst sagt:

„Igitur duo desiderantur, ut quis in distrahendis atque infirmandis negotiis erroris excusatione uti posse videretur. Primo, ut errore probabili, non crasso et supino, lapsus esset, qui ignorantiam obtenderet: deinde ut appareret, vere aliquem errore probabili deceptum, non ficta et affectata ignoratione.“

§. 23.

Ob nun gleich aus diesen Gründen sich unwidersprechlich ergiebt, daß dem Marcus Ranniger gegen die Urkunden sub Nr. 1. et 2. kein Beweis ex capite erroris zu gestatten sey, so möchte es doch

ad γ) das Ansehen haben, als ob dies wenigstens dem jetzigen Beklagten, als einem Dritten, nicht zum Nachtheil gereichen könne; cum inter alios acta aliis non noceant.

L. 1. et 2. C. inter alios acta vel iudicata aliis non nocere.

Daher auch Urkunden über wechselseitige Rechtsgeschäfte nur unter den Interessenten, unter denen das Geschäft geschlossen worden, gegen einen Dritten aber eben so wenig beweisen, als Verträge und andere Privatgeschäfte, welche unter gewissen Personen geschlossen worden sind, einen Dritten verbinden.

L. 27. §. 4. D. de pactis.

WERNHER Observat. for. Tom. I. P. I. Obs. 84.

LEYSER Meditat. ad Pandect. Specim. CCLXXIV. medit. 1.

§. 24.

Allein es liegt klar am Tage, daß ein solcher Beweis, der dem Marcus Ranniger nicht gestattet werden kann, auch eben so wenig seinem Successor zukommen könne. Denn der Beklagte leitet ja sein Recht blos von seinem Antecessor, dem Marcus Ranniger her, von dem er das Guth gekauft hat. Nun kann es nach deutlicher Vorschrift der Gesetze nicht seyn, daß ich mehr Rechte habe als derjenige, in dessen Rechte ich getreten bin.

L. 175. §. 1. D. de Reg. iur.

sagt ausdrücklich: non debeo melioris conditionis esse, quam auctor meus, a quo ius in me transiit. Daß diese Regel sich insonderheit auf den Käufer einer Sache beziehe, hat

Iac. GOTHOFREDUS in Commentar. ad Tit. Pand. de Reg. iur. pag. 711.

auſſer allem Zweifel geſetzt, und eben davon gilt auch die

L. 177. D. de Reg. iur.

Qui in ius alterius ſuccedit, iure eius uti debet. Denn Paulus handelte libro XIV. ad Plautium, woraus dieſe Rechtsregel genommen iſt, de obligatione contrahenda et diſſolvenda, und inſonderheit vom Käufer und Verkäufer, wie ebenfalls

GOTHOFREDUS cit. Commentar. p. 717.

gezeigt hat. Es folgt alſo ſchon hieraus von ſelbſt, daß der Beklagte auch alles dasjenige gegen ſich gelten laſſen müſſe, was mit Grund ſeinem auctori entgegen ſteht, wenn es auch nicht ſo deutlich in den Geſetzen verordnet wäre, als es wirklich in der

L. 143. D. de Reg. iur.

beſtimmt iſt, wo es heißt:

Quod ipſis, qui contraxerunt, obſtat, et ſucceſſoribus eorum obſtabit.

§. 25.

Ob aber

ad d) die Urkunden ſub Nr. 1. et 2. auch im Verhältniß der Kläger zu dem Beklagten als klare Briefe und Siegel anzuſehen ſind, könnte darum bezweifelt werden, weil Privat-Urkunden, auch ſelbſt diejenigen, welche über wechſelſeitige Rechtsgeſchafte errichtet wor-

den

den sind, in Ansehung dritter Personen nur als unbeschworne Zeugnisse zu betrachten sind, und folglich um so weniger wider einen Dritten zum Beweis dienen können, je leichter darin, zum Nachtheil des Dritten, etwas wider die Wahrheit geschrieben seyn könnte.

S. von Bülows und Hagemanns practische Erörterungen aus allen Theilen der Rechtsgelehrsamkeit 1. Band Erört. XXIV. §. 4.

Strubens rechtliche Bedenken 5. Th. Bed. XLVIII.

Dagegen aber kommt in Betrachtung, 1) daß die Urkunden sub Nr. 1. et 2. unter den Contrahenten selbst unstreitig als klare Briefe und Siegel anzusehen sind; weil Urkunden, welche über wechselseitige Rechtsgeschäfte sind aufgesetzt worden, unter den Interessenten, die sie unterschrieben haben, als ein schriftliches Eingeständniß beweisen;

Gönners Handbuch des teutschen gemeinen Processes 2. Band Nr. XLVI. §. 17. u. 18.

HOFACKER Princip. iur. civ. Tom. III. §. 4458. et 4459.

2) Daß der Beklagte diese Urkunden selbst, wie ad Quaest. 1. gezeigt worden, ohne Zweifel als richtig anerkannt, ja sogar das Eigenthum seines auctoris aus der Urkunde sub Nr. 2. zu beweisen gesucht hat. Er muß folglich auch das Document sub Nr. 1. gegen sich

als beweisend gelten lassen, da sich die Urkunde sub Nr. 2. lediglich auf selbige bezieht, und solche bestätiget: Is vero, qui ex uno instrumenti capite emolumentum captat, caetera quoque eiusdem capita contra se admittere necessum habet.

Cap. 19. in fin. X. de Censib.

Avth. ad haec C. de fide instrum.

LEYSER Medit. ad Pandect. Specim. CCLXXV. medit. 2. et 3.

3) Daß der Beklagte im Verhältniß zu den Klägern unstreitig als ein solcher angesehen werden muß, qui infirmiori iure possidet, da nach dem klaren Inhalt beyder Urkunden das Guth Benthien nicht seinem auctori, sondern der Mutter der Kläger verkauft und übergeben worden ist, folglich ihnen das wahre Eigenthum an diesem Guthe gehört, in welchem Falle Privaturkunden, insofern sie sowohl den iustum acquisitionis titulum des Klägers, als den modum acquirendi enthalten, allerdings auch gegen den Dritten vollkommen beweisen, welcher ein schwächeres Recht hat, als der Kläger.

KIND Quaest. for. Tom. III. cap. 66. pag. 410.

§. 26.

Hieraus ergiebt sich nun aber auch von selbst, daß dagegen remedia quoad effectum suspensivum nach den §. §. 384. u. 385. des Meklenb. Landvergleichs

um so weniger für zuläßig gehalten werden können, da nicht nur allen Rechtsmitteln in der Urkunde sub Nr. 1. §. ult. entsagt worden, sondern auch das Eigenthum der Kläger an dem Guthe Benthien sich auf einen klaren Vertrag und Vergleich gründet.

Aus diesen Gründen halte ich daher in Absicht auf die Quaest. 3. den Rechten nach dafür:

Daß wenn gleich gegen den Inhalt der ratione formae als richtig anerkannten Urkunden überhaupt ein Beweiß nicht für unzuläßig zu halten ist; dennoch ein solcher Beweis in dem gegenwärtigen Falle des Beklagten auctori Marcus Ranniger so wenig als desselben Successori, dem gegenwärtigen Beklagten, gegen die Urkunden sub Nr. 1. et 2. freystehe; und daß diese Urkunden als klare Briefe und Siegel auch im Verhältniß der Kläger zu dem Beklagten anzusehen sind, gegen welche keine remedia quoad effectum suspensivum nach den §§. 384. u. 385. des Mecklenburgischen Landesvergleichs zuläßig sind.

§. 27.

Beantwortung der vierten Frage.

Ob das von Klägern in der Klage mit zum Grunde gelegte Factum:

„daß ihrer Mutter Anna Maria Ranniger das Guth Benthien vom Friedrich Detloff Schröder in Gemäßheit der Anlage sub Nr. 1. ver-

verkauft, und nach der Anlage sub Nr. 2. tradirt sie folglich in dominio vel quasi sich befunden,"

als vom Beklagten eingestanden, und für res liquida zu achten?

Nun hat zwar Beklagter dieses Factum ausdrücklich nirgends eingeräumt, vielmehr überall das Gegentheil nicht nur zu behaupten, sondern auch durch das von ihm beygebrachte Attestat sub ⊙ in der Anlage sub Nr. 3. zu beweisen gesucht.

Da indessen dieses Factum in den Urkunden sub Nr. 1. u. 2. klar gegründet ist, diese Urkunden aber auch von den Beklagten aus den oben ad Quaest. 1. angeführten Gründen stillschweigend anerkannt worden sind, hingegen das darwider vorgebrachte Attestat nichts beweisen kann, weil es von denjenigen selbst ist ausgestellet worden, welche die Richtigkeit des Inhalts der Urkunde sub Nr. 1. durch ihre Unterschrift schon einmal bezeugt und eingestanden haben, so erhellet hieraus:

daß das von Klägern in der Klage mit zum Grunde gelegte Factum:

daß ihrer Mutter Anna Maria Ranniger das Guth Benthien von Friedrich Detloff Schröder in Gemäsheit der Anlage sub Nr. 1. verkauft, und nach der Anlage sub Nr. 2. tradirt worden sey, sie folglich in dominio vel quasi sich sich befunden,

allerdings für liquid zu achten sey.

§. 28.

§. 28.

Beantwortung der fünften Frage.

Ob die vom Marcus Ranniger an den Beklagten nach der Anlage sub Nr. 4. geschehene Veräusserung des Allodialguths Benthien für absolut nichtig zu achten sey?

Betrachtet man die Veräusserung des Guths Benthien blos aus dem Gesichtspunct eines Verkaufs, der eine fremde Sache zum Object hat, so könnte es scheinen, daß diese Frage zu verneinen sey. Denn der Kauf über eine fremde Sache ist nicht schlechterdings ungültig. Es sagt vielmehr

L. 28. D. de contrah. emt. vendit.

Rem alienam distrahere quem posse, nulla dubitatio est.

Daher ist auch zu erklären, wenn es

L. 25. §. 1. D. eodem

heißt: Qui vendidit, necesse non habet, fundum emtoris facere.

S. Westphals Lehre des gemeinen Rechts vom Kauf ꝛc. §. 72. ff.

Wollte man auch annehmen, der Vater der Kläger habe das Guth mehrerer Umstände wegen für sein Eigenthum gehalten, und in dieser Eigenschaft verkauft, auch der Beklagte habe das Guth von seinem Auctor als dessen eigenthümliches Guth, nicht als mütterliches Guth seiner Kinder, gekauft; beyde Contrahenten hätten also das Guth aus Irrthum für Et-

was gehalten, was es nicht ist; so läßt sich doch auch daraus noch keine absolute Nichtigkeit der Alienation herleiten. Denn dieser Irrthum schließt 1) die Einwilligung in das Object nicht aus, dessen Mangel doch nur den eigentlichen Grund ausmacht, warum die Gesetze ein Geschäft des Irrthums wegen als nichtig ansehen.

L. 9. pr. et §. 1. et 2. D. de contrah. emt. vendit.

L. 57. D. de obligat. et act.

Er giebt daher nie ein Recht, deßwegen auf Nichtigkeit des Contracts zu klagen, ohne daß dem Kläger die exceptio rei venditae et traditae entgegen stehen würde.

L. 49. D. mandati.

L. 3. C. de rebus alien. non alienand.

Zwar wird in der

L. 35. D. de acquir. rer. dominio.

eine Veräußerung für nichtig erklärt, wenn Jemand seine Sache aus Irrthum statt der Sache eines andern tradirt hat. Allein offenbar ist da von einem solchen Falle die Rede, wo durch einen Mißgriff bey der Tradition eine andere Sache war überliefert worden, als verkauft war, und also wirklich ein error in obiecto vorhanden ist.

STRUV Evolutio controv. iur. Lib. XLI. Tit. 1. Th. 55.

Thibaut Versuche über einzelne Theile der Theorie des Rechts 2. Band 4. Abh. S. 117. u. 118.

Bayerische Staatsbibliothek München

Ueberdem aber hat ja auch 2) der Irrthum der Partheyen gar keinen Einfluß auf das Vindicationsrecht des wahren Eigenthümers.

§. 29.

Da aber dennoch der Kauf über eine fremde Sache nur unter den Contrahenten gilt, und unter diesen Rechte und Verbindlichkeiten hervorbringt,

L. 11. §. 8. L. 30. §. 1. D. de act. emti vend.

HOFACKER Princip. iur. civ. Tom. III. §. 1901.

Westphals Lehre des gemeinen Rechts vom Kauf §. 72. 73. u. 76.

MALBLANC Princip. iur. Rom. sec. ord. Digestor. P. I. §. 284.

hingegen in Ansehung des Eigenthümers, ohne dessen Einwilligung er ist geschlossen worden, ganz unverbindlich und demselben unnachtheilig ist, vielmehr diesem das Recht zusteht, seine Sache zu vindiciren, nicht anders, als wenn gar kein Kauf geschlossen worden wäre, ja sogar dieselbe von dem Besitzer unentgeldlich abzufordern.

L. 28. D. de contrah. emt.

Sed res emtori auferri potest.

L. 6. C. de reb. alien. non alienand.

Nemo res ad te pertinentes, non obligatas tibi, nec ex officio vendendi potestatem habens, distrahendo quidquam tibi nocere potuit.

L. 3.

L. 3. C. de Rei vindicat.

Mater tua vel maritus fundum tuum invita vel ignorante te vendere IURE NON POTUIT: sed rem tuam a possessore vindicare, etiam non oblato pretio poteris;

mithin schon aus diesem Grunde die vom Marcus Ranniger geschehene Veräusserung des Guths Benthien in Ansehung der Kläger für rechtsbeständig nicht gehalten werden kann. Hiernächst aber vorzüglich zu erwägen ist, daß das Guth Benthien ein mütterliches Guth der Kläger ist, welches zur Zeit der von ihrem Vater unternommenen Veräusserung zu ihrem peculio adventitio gehörte, dem Vater aber in den Gesetzen unbedingt verboten ist, die zum peculio adventitio ordinario seiner Kinder gehörigen Güter suo nomine zu veräussern,

L. 1. et 2. C. de bonis matern.

L. 4. C. de bonis quae liber.

L. 6. §. 2. C. eodem.

wo es heißt: alienatione vel hypotheca suo nomine patribus denegata; und eine auf solche Art geschehene Veräusserung für dergestalt nichtig erklärt wird, daß dem Vindicationsrechte der Kinder, nachdem sie sui iuris geworden, keine andere als eine dreyßigjährige Präscription entgegen stehen soll.

L. 1. C. de bonis matern.

L. 4. Cod. de bonis quae liberis.

Nov. 22. cap. 24.

wo gesagt wird: Minatur autem accipientibus, quod nihil ipsis profuturum sit id, quod acceperunt: et sciant ex hac nostra lege, quod vel si quam a talibus parentibus comparationem fecerint, vel si quam acceperint donationem, vel si quid aliud egerint: perinde habendum sit, ac si nec gestum nec scriptum, quod factum est. Vindicabunt enim ea omnino filii heredesque eorum et successores, ab heredibus illorum et successoribus non aliter excludendi, quam si tricennale transeat tempus, tempore inde liberis currere incipiente, quo suae potestatis esse aut facti appareant; nun aber aus der Beylage sub No. 4. erhellet, daß der Kläger Vater das Guth Benthien nicht als ein mütterliches Guth im Namen der Kinder, sondern als sein Eigenthum verkauft hat; so bin ich aus diesen Gründen der rechtlichen Ueberzeugung:

Daß die vom Marcus Ranniger an den Beklagten nach der Anlage sub No. 4. geschehene Veräusserung des Guths Benthien in Rücksicht der Klägers für schlechterdings nichtig zu achten sey.

§. 30.

Beantwortung der sechsten Frage.

Ob, da Marcus Ranniger das Guth Benthien nach der Anlage sub No. 4. und nach des Beklagten Geständniß als sein putatives Eigenthum veräussert habe, etwas darauf ankommen könne, wenn zufälliger-

ligerweise Umstände, unter denen Marcus Ranniger das Guth Benthien, als Guth seiner Kinder habe verkaufen können, einträfen, — Umstände, die ihn auf allen Fall genöthiget hätten, die Veräusserung des Guths Benthien zu bewirken?

Da die Gesetze in gewissen Fällen dem Vater erlauben, die bona adventitia seiner Kinder, von denen ihm der Niesbrauch zusteht, zu veräussern, nämlich 1) Si aes alienum ex defuncti persona descendit; 2) si legata vel fideicommissa sunt praestanda; 3) si res onerosae hereditati sunt, vel quocunque modo damnosae,

L. 8. §. 4. et 5. Cod. de bonis, quae liberis

und in solchen Fällen den Kindern ausdrücklich verbieten, eine dergleichen Veräusserung anzufechten; so scheint es nichts darauf anzukommen, ob Marcus Ranniger das Guth Benthien als sein putatives Eigenthum, oder als ein mütterliches Guth seiner Kinder veräussert hat; genug, wenn eine solche Ursache wirklich vorhanden seyn sollte, aus denen es dem Vater erlaubt ist, bona adventitia ordinaria seiner Kinder zu veräussern. Denn auf die Absicht des Handelnden kommt nichts an, wenn ein Geschäft nur äusserlich den Gesetzen nicht entgegen ist.

§. 31.

Weil aber dennoch das Gesetz ausdrücklich voraussetzt, daß die Veräusserung vom Vater auf eine

rechtsbeständige Art und im Namen der Kinder geschehen seyn müsse, wenn diese die Veräusserung, die aus einer gesetzlich gebilligten Ursache geschehen ist, als gültig und für sich verbindlich anerkennen sollen, in näherem Betracht es

L. 8. §. 5. C. de bon. quae liberis

ausdrücklich heißt: Sed pater quidem in praedictis tantummodo causis habeat licentiam, rite res filiorum familias vendere filii nomine, vel si emtorem non invenerit, rite pignori supponere, nullo modo licentia concedenda filiis, easdem venditiones vel hypothecas retractare; dahingegen das Gesetz dem Vater ohne Unterschied, und also ohne Rücksicht, ob eine Ursache der Veräusserung vorhanden ist oder nicht, verbietet, bona adventitia seiner Kinder, als sein Eigenthum, suo nomine zu veräussern:

L. 6. §. 2. C. eodem.

nun aber in dem gegenwärtigen Falle der Kläger Vater bey der Veräusserung des Guths Benthien nicht in der Qualität als Vater, und daher nicht im Namen seiner Kinder gehandelt, sondern das Guth nach der Anlage sub No. 4. als sein vermeintliches Eigenthum verkauft hat, folglich hier diejenigen Ursachen, aus denen sonst Adventizien der Kinder veräussert werden dürfen, um so weniger in Betrachtung kommen können, als selbige ausdrücklich nur auf den Fall bestimmt worden sind, wenn solche bona als adventitia vom Vater nomine liberorum

veräussert werden; welches aber hier nicht geschehen ist: Nam filii nomine alienare et obligare potest pater ex iusta causa, sagt mit Recht

CUJACIUS in Recitat. ad Tit. Cod. de bonis quae lib. pag. 730. edit. francof. 1605. 4.

mit dem auch

Ant. FABER in Cod. definit. for. Lib. II. Tit. 39. Def. 10. not. 6. und

Scip. GENTILIS de bonis maternis cap. XIX. pag. 101.

übereinstimmen; weshalb denn auch die Gesetze sogar in dem Falle, da der Vater, als Curator seiner emancipirten Kinder, ein ihnen gehöriges Grundstück, tanquam suum, mithin ohne Beobachtung der sonst erforderlichen Form, verkauft hat, eine solche Veräusserung für dergestalt nichtig erklären, daß den Kindern die Vindication desselben ungehindert zustehen soll, es mögen Umstände vorhanden gewesen seyn, unter welchen sonst der Vater zu veräussern befugt gewesen wäre, oder nicht;

L. 3. C. de praediis et aliis rebus minorum.

so erhellet hieraus,

daß auch in den gegenwärtigen Fällen bey der Ungültigkeit des ganzen Geschäfts in keine weitere Betrachtung kommen könne:

wenn zufälliger Weise Umstände eintreffen sollten, unter welchen der Kläger Vater das Guth

Benthien, als Guth seiner Kinder, habe verkaufen können.

§. 32.

Beantwortung der siebenden Frage.

Ob und wieweit ein Vater das peculium adventitium veräussern dürfe: und zwar

a) ob hierbey bona materna etwa von andern bonis adventitiis des filiifamilias zu unterscheiden seyen?

Bekanntermassen sind die Rechtsgelehrten in Ansehung der Frage, wieweit ein Vater das peculium adventitium seiner Kinder veräussern dürfe, verschiedener Meinung. Mehrere wollen nämlich einen Unterschied machen, ob das peculium von der Mutter oder andern mütterlichen Ascendenten herrührt, oder, ob es auf andere Art erworben worden ist, und halten in dem ersten Falle dafür, daß dem Vater vermöge der L. 1. und 2. Cod. de bonis matern. alle Veräusserung schlechterdings untersagt sey; in dem letztern Falle hingegen wollen sie nur allein die Veräusserung für erlaubt halten, wenn sie aus den in der L. 8. §. 4. Cod. de bonis, quae liberis bestimmten Ursachen geschieht.

HOMMEL in Rhapsod. quaestion. forens. Vol. I. Obs. 209. nr. 3.

Frid. Gottl. ZOLLER Exercit. iurid. quaestionem contin. án pater vi patriae potestatis bona immo-

immobilia liberorum sine decreto magistratus alienare possit. *Lipsiae 1756.* §. 5.

Allein da die L. 8. C. de bon. quae lib. in welcher Justinian dem Vater die Veräusserung der bonorum adventitiorum seiner Kinder aus gewissen daselbst bestimmten Ursachen erlaubt, keinen Unterschied macht, ob diese Güter von der Mutter oder von andern mütterlichen Ascendenten herrühren, oder ob sie auf andere Art, jedoch extra paternam substantiam, erworben worden sind, so muß das Gesetz ohne Zweifel von allen Adventizien der Kinder um so mehr verstanden werden, da Justinian in princ. Legis cit. 8. ausdrücklich auch der rerum maternarum gedenkt, und seine Absicht ganz deutlich dahin erklärt, durch dieses Gesetz eine allgemeine Bestimmung über die Rechte der Adventizien zu geben, welche in omnibus rebus, quae effugiunt quidem dominii acquisitionem, sed ususfructus tantummodo patri affertur, zur Richtschnur dienen sollte. Dieses wird noch mehr durch die Veranlassung des Gesetzes, welche Justinian gleich im Anfange desselben mit den Worten angiebt: cum non solum in maternis rebus, quae filiisfamilias deferuntur, sed etiam de aliis omnibus, quae acquisitionem effugiunt, variae altercationes exortae sint, bestärkt wird. Nicht zu gedenken, daß sich gar kein vernünftiger Grund einsehen läßt, warum die bona materna der Kinder schlechterdings nicht sollten veräussert werden dürfen, da durch die *L. 8. §. 5. Cod. de bon. quae liberis* offenbar der

L. 1. et 2. C. de bonis matern. derogirt worden ist. Es wird daher auch in der Praxis dem Vater in Ansehung der bonorum maternorum der Kinder so gut, wie in Ansehung anderer Adventizien das Veräusserungsrecht gestattet, wenn eine gesetzliche Ursache dazu vorhanden ist.

de CANNGIESSER Decisiones Hasso - Cassellanae Tom. II. Decis. 235.

THIBAUT System des Pandekten-Rechts. I. Band §. 325. S. 227.

Ich kann daher nach rechtlicher Ueberzeugung die Frage sub a. nicht anders als verneinend beantworten.

§. 33.

b) Ob der Vater schlechterdings an die wörtlichen Veräusserungsursachen der L. 8. §. 5. C. de bonis, quae lib. gebunden sey? oder ob er auch wegen anderer noch größerer factischer Nothwendigkeit, und ob rationem utilitatis veräussern dürfe?

Viele Rechtsgelehrten tragen nun zwar kein Bedenken, den Satz aufzustellen, daß der Vater nicht nur wegen einer jeden factischen Nothwendigkeit, sondern auch, wenn es den Kindern nützlich ist, deren bona adventitia zu veräussern befugt sey.

Val. FORSTER de hereditatibus, quae ab intest. defer. Lib. VII. Cap. XXI. nr. 27. seqq. et nr. 35.

LAUTERBACH Colleg. th. pract. Pandect. Lib. XV. Tit. 1. §. 23.

FROMMANN Diss. de administratione adventitiorum legitima. *Tubingae 1676.* Th. 74. — 76.

HOFACKER Princip. iur. civ. Tom. I. §. 576.

Höpfner im Commentar über die Heinecc. Institutionen §. 433.

Es scheint auch den Regeln der logischen Gesetzerklärung nicht entgegen zu streiten, Fälle einer noch grössern factischen Nothwendigkeit, als das Gesetz voraussetzt, oder des offenbaren Nutzens unter das Gesetz zu subsumiren. Nam quoties lege aliquid, unum vel alterum introductum est, bona occasio est, caetera, quae tendunt ad eandem utilitatem, vel interpretatione vel certe iurisdictione suppleri.

L. 13. D. de Legib.

§. 34.

Allein nach allgemeinen Regeln der logischen Auslegung des Römischen Rechts ist jede ausdehnende Erklärung unbedingt zu verwerffen, wenn der Gesetzgeber dieselbe ausdrücklich, oder auf andere Weise verboten hat; indem ein solches Verbot sehr weise Gründe haben kann. Daher demselben um desto genauer nachzukommen ist, als sonst die Ausdehnung des Gesetzes zu eben dergleichen Willkührlichkeiten Veranlassung geben könnte, welche der Gesetzgeber durch sein Verbot verhüten wollte.

Thibaut Theorie der logischen Auslegung des Römischen Rechts §. 13. S. 71. ff.

Daß nun aber dieses hier ganz der Fall sey, erhellet aus der

L. 8. §. 5. Cod. de bonis quae liberis

ganz deutlich, wo Justinian nicht nur ausdrücklich sagt:

> Sed pater quidem in praedictis TANTUMMODO causis habeat licentiam rite res filiorum familias vendere filii nomine;

sondern dieses noch nachdrücklicher in den folgenden Worten dahin bestimmt:

> Non autem licentia parentibus danda, EXTRA MEMORATAS CAUSAS, res, quarum dominium apud eorum posteritatem est, alienare vel pignori vel hypothecae titulo dare: sed si hoc fecerint, scituris, quod necesse est, eos in legum laqueos incidere, quibus huiusmodi venditiones, vel hypothecae sunt interdictae.

Hierdurch hat also offenbar der Gesetzgeber jede andere Ursache der Veräusserung, auch selbst den Fall einer noch größern factischen Nothwendigkeit nicht ausgenommen, dergestalt ausgeschlossen, daß wenn der Vater sich deshalb zur Veräusserung für berechtiget halten wollte, er die Gränzen seiner Befugniß offenbar überschreiten würde. Denn, zugegeben, daß vielleicht noch stärkere Fälle aufzufinden wären, worauf der Gesetzgeber hätte Rücksicht nehmen können, so darf doch

das Gesetz auf diese darum nicht ausgedehnt werden, weil sonst der Gesetzgeber die Ausdehnung des Gesetzes hätte zulassen müssen, die er doch eben deswegen untersagt hat, um nicht seichten Richtern Gelegenheit zu geben, Fälle unter das Gesetz zu subsumiren, die davon ausgeschlossen seyn sollten.

Thibaut Versuche über einzelne Theile der Theorie des Rechts 1. Band S. 325. u. 328. folg.

§. 35.

Aus diesen Gründen kann daher auch in einem solchen Falle die

L. 13. D. de Leg.

welche von der Ausdehnung eines Gesetzes auf ähnliche Fälle redet, nicht zur Richtschnur genommen werden, und wenn gleich Justinian in der angeführten L. 8. §. 5. nachher selbst die Ausnahme beyfügt:

Si res onerosae hereditati sunt, vel quocumque modo damnosae;

und solche Sachen dem Vater zu veräussern erlaubt; so läßt sich doch auch hieraus mit Grunde keinesweges folgern, daß um des bloßen Nutzens willen die bona adventitia der Kinder veräussert werden dürften, indem hier offenbar der Fall gemeint ist, wo aus der Erhaltung der Adventizien den Kindern ein positiver Schade erwachsen würde, welches aber auf jeden andern Fall, da die Veräusserung für die Kinder nütz-

lich

lich seyn möchte, um so weniger ausgedehnt werden kann, je leichter sonst dieselben unter diesem Vorwand um ihr Vermögen gebracht werden könnten, dessen Erhaltung doch der Hauptzweck des Gesetzes ist, und hierin stimmen auch die bewährtesten Rechtsgelehrten überein.

Hub. GIPHANIUS in Explanat. difficilior. et celebrior. Legum Cod. ad Tit. de bonis, quae liberis. pag. 219.

Scip. GENTILIS de bonis maternis Cap. XIX. pag. 103. sq.

a LEYSER Meditat. ad Pandect. Vol. III. Specim. CLXVI. medit. 1. 2. et 3.

SCHAUMBURG Compend. iuris Digest. Lib. XV. Tit. 1. §. 12.

MALBLANC Princip. iuris Rom. sec. ord. Digestor. P. II. Lib. XV. Tit. 1. §. 512. pag. 380. und

THIBAUT System des Pandekten-Rechts 1. Band §. 325. S. 227.

§. 36.

c) Ob zur Veräusserung der Adventizien, wenn sie vom Vater auf eine rechtsgültige Art geschehen soll, eine causae cognitio, und ein decretum magistratus competentis erforderlich sey?

Man sollte glauben, daß ein dergleichen Decret nach vorhergegangener Untersuchung wenigstens in dem

Falle,

Falle, da die Kinder noch minderjährig sind, darum nöthig seyn dürfte, weil die Gesetze diese Form bey der Veräusserung der Güter der Minderjährigen überhaupt erfordern;

L. 11. D. de reb. eor. qui sub tutela vel cura sunt.

L. 6. Cod. de praed. et aliis reb. minor.

und das Verhältniß der väterlichen Gewalt nicht hindern kann, daß nicht bey filiisfamilias, welche noch minderjährig sind, eben diejenigen Rechte eintreten, welche bey allen andern Minderjährigen Statt finden. Denn wenn gleich die Gesetze dem Vater bey der Verwaltung der Adventizien seiner Kinder mehr Gewalt einräumen, als einem Vormunde zusteht; so fließt doch das Recht der Veräusserung jener Güter nicht aus der väterlichen Gewalt her. Ueberdem machen es die Gesetze auch dem Vater, sofern er gesetzlicher Vormund oder Curator seiner Kinder ist, zur Pflicht, die Einwilligung der competenten Obrigkeit einzuholen, wenn er Güter seiner minderjährigen Kinder veräussern will, und erklären eine ohne obrigkeitliche Auctorität unternommene Veräusserung für null und nichtig.

L. 7. §. 2. D. de rebus eor. qui sub tut. vel cura sunt.

L. 3. C. de praed. et aliis rebus minor.

Ja daß auch bey der Veräusserung der bonorum adventitiorum der Kinder ein obrigkeitliches Decret erforderlich sey, scheint Justinian in der

L. 8.

L. 8. §. 5. C. de bon. quae liberis

dadurch nicht undeutlich anzuzeigen, wenn er sagt:

Sed pater quidem in praedictis tantummodo causis habeat licentiam rite res filiorumfamilias vendere filii nomine: vel si emtorem non invenerit, rite pignori supponere;

indem das Wort rite in den Gesetzen soviel heißt, als solemniter oder legitime;

BRISSONIUS de Verbor. quae ad ius civ. pertinent, signif. sub v. RITE.

das obrigkeitliche Decret aber vorzüglich dasjenige ist, was die Handlung der Veräusserung zu einer feyerlichen macht. Eben dieser Meinung sind daher auch mehrere Rechtsgelehrte:

Claproth in der theor. pract. Rechtswissenschaft von freywilligen Gerichtshandlungen. §. 158.

Jo. Detloff Marc. RANNIGER Commentat. quaestionem contin. an et quatenus pater peculium liberorum adventitium alienare possit. *Goettingae 1797.* §. 19.

§. 37.

Allein da das mehrmals angeführte Gesetz

L. 8. §. 4. et 5. Cod. de bonis quae lib.

so genau bestimmt, wie der Vater bey der Veräusserung der Adventizien seiner Kinder in den Fällen, in wel-

welchen ihm dieselbe erlaubt ist, verfahren solle, gleichwohl aber nirgends vorschreibt, daß die Rechtmäßigkeit der Ursache zuvörderst untersucht, und ein Decret der Obrigkeit ausgewirkt werde; so ist nicht zu glauben, daß ein so wichtiger Umstand, wenn ihn der Gesetzgeber wirklich zur Gültigkeit der Veräusserung für nöthig gehalten hätte, wäre übersehen worden, da die Gesetze in andern Fällen den Vater, wo er nicht als Vater, sondern als Curator seiner emancipirten Kinder ein Grundstück derselben veräussern will, zur Auswirkung eines obrigkeitlichen Decrets so nachdrücklich verpflichten, daß sie die ohne dasselbe unternommene Veräusserung für nichtig erklären.

L. 3. C. de praediis et aliis reb. minor.

Hierdurch wird also, nach der sehr richtigen Bemerkung

Wissenbachs in Commentar. ad L. 3. C. de praed. et aliis reb. minor.

der Unterschied zwischen einem Vater, der als legitimus administrator rerum adventitiarum filii, quem in potestate habet, und einem solchen Vater, welcher als Curator filii emancipati handelt, so deutlich angezeigt, daß unmöglich von dem einen auf den andern Fall geschlossen werden kann. Daher lassen sich denn auch diejenigen Gesetze, welche von den Vormündern der Minderjährigen reden, auf den Vater nicht anwenden, weil diesem das Veräusserungsrecht in den bestimmten Fällen schon nach dem Gesetz zustehet, welches der Vor-

mund erst durch das obrigkeitliche Decret erlangen muß. Ueberdem ist auch dem Vater schon durch das Gesetz selbst vorgeschrieben, was er veräussern kann und soll, so wie die Ordnung, in welcher er dabey verfahren muß, welches hingegen bey einem Vormund erst durch das Dekret des Richters zu bestimmen ist. Es ist mithin die Gewalt des Vaters in Ansehung der Adventizien seiner Kinder viel grösser, als die eines Vormundes in Ansehung der Güter seines Mündels.

Ant. FABER in Cod. definition. forens. Lib. II. Tit. 39. definit. 10. not. 6. pag. 167.

Diejenigen Gesetze aber, welche bey der Veräusserung der Güter der Minderjährigen ein Dekret erfordern,

L. 11. D. reb. eor. qui sub tut.

L. 6. C. de praed. et aliis rebus minor.

L. 3. C. de his, qui veniam aetatis impetr.

können offenbar nicht von solchen Minderjährigen verstanden werden, welche noch unter väterlicher Gewalt sind; so wie denn auch das Wort rite, welches

L. 8. §. 5 C. de bonis quae lib.

vorkommt, hierauf gar keine Beziehung hat, indem eines Theils dieses Wort in mehreren alten Handschriften fehlt, wie Ludw. Charondas und *Petrus ab* AREA BAUDOZA CESTIUS in ihren Ausgaben des Codex bey dieser Stelle anmerken; daher auch dieses Wort in den gemeinen Gothofredischen Ausgaben eingeschlossen ist; andern Theils aber auch nur auf die hier vorgeschriebene Veräusserungsform geht. Aus die-

diesen Gründen halten daher die meisten Rechtsgelehrten, deren Meinung auch in der Praxis unbestritten anerkannt ist, ein richterliches Dekret in solchen Fällen, in welchen der Vater zur Alienation der Adventizien seiner Kinder berechtiget ist, durchaus nicht für nöthig.

Octav. SIMONCELLUS in Tr. de decretis, caeterisque solennitatibus in contractibus minorum aliorumque adhib. Lib. III. Tit. 8. nr. 13.

WISSENBACH in Commentar. ad L. ult. Cod. de bonis quae liber. §. 4. pag. 660.

GIPHANIUS Explanat. difficilior. Leg. Cod. ad Tit. de bonis, quae liber. pag. 218.

GENTILIS de bonis maternis cap. XIX. p. 97. seqq.

WERNHER select. Observat. for. Tom. I. P. III. Obs. 35.

LEYSER Specim. CLXV. medit. 9.

CRAMER Observat. iur. univ. Tom. IV. Obs. 1208.

Struben rechtliche Bedenken 2 Th. Bed. 103. S. 386.

Hoschers Sammlung merkwürdiger am K. Reichs-Cammergericht entschiedener Rechtsfälle 3. Th. 4. Rechtsfall §. 61. ff. S. 201 ff.

HOFACKER Princip. iur. civ. Tom. I. §. 576.

MALBLANC Princip. iuris Rom. sec. ord. Digest. P. II. §. 512. pag. 380. in fin.

THIBAVT System des Pandektenrechts 1. Band §. 325. am Ende.

§. 38.

d) Ob der Vater das peculium adventitium der Kinder bey Strafe der Nichtigkeit nur filiorum nomine und nicht suo nomine veräussern dürfe? und worin die Veranlassung, der Grund und Sinn der gesetzlichen Disposition: der Vater solle

filii nomine

und nicht suo nomine veräussern, bestehe?

Daß der Vater, wenn sonst eine rechtmäßige Ursache zur Veräusserung vorhanden ist, namentlich für die Kinder veräussere, scheint auf den ersten Blick in keine Betrachtung zu kommen, welches daher auch

THIBAVT im System des Pandektenrechts 1. Band

§. 325. am Ende

gar nicht für nöthig hält. Denn nicht nur in der

L. 1. Cod. de bonis matern.

wird dem Vater erlaubt, ita omnia agere, tanquam solidum perfectumque dominium ei acquisitum fuisset; sondern es wird demselben auch in der

L. 6. §. 2. Cod. de bonis, quae liberis

pleniſſima potestas, uti frui, gubernareque res a filiofamilias acquisitas, gestattet, ita ut gubernatio rerum earum sit penitus impunita. In dieser Hinsicht sagt daher auch

a LEYSER in Meditat. ad Pandectas Vol. III. Specim. CLXIV. medit. 2.

Pater

Pater autem, etsi proprietas rerum adventitiarum penes liberos sit, non tamen simplex earum administrator est, sed suo iure omnia facit, non liberorum nomine. Quam ob rem nec opus quidem esse puto, ut patres in iudicio comparentes, siquidem de peculio adventitio lis est, liberorum mentionem faciant;

mit dem auch

Aemil. Lud. HOMBERGK *zu* VACH in Diss. de diverso iure patris in peculio adventitio pro diversa liberorum aetate. *Marburgi* 1753.

§. 14.

übereinstimmt; und wenn auch gleichwohl in der

L. 8. §. 4. C. de bonis, quae lib.

gesagt wird, der Vater solle, in den daselbst bestimmten Fällen, filii nomine veräussern, so scheint doch dieses nicht sowohl den Sinn zu haben, als ob der Vater dem Käufer ausdrücklich zu erkennen geben müsse, daß das Guth nicht sein Eigenthum, sondern das Eigenthum seines Sohns sey, und also in dessen Namen die Veräusserung vornehme; sondern es scheint nur darauf seine Beziehung zu haben, daß der Vater hier die Veräusserung nicht als seine eigene Sache, und zu seinem Nutzen, sondern als Sache seines Sohns betreibe, entweder um denselben von den Verbindlichkeiten zu befreyen, die ihm dieses veräusserten Guthes wegen oblagen, oder um demselben sonst einen Nutzen zu verschaffen, welcher Zweck denn allerdings erreicht wird, der Vater mag das Guth des Sohns

namentlich als deſſen Eigenthum, oder in ſeinem Namen und als ſein Eigenthum verkaufen. Daher erfordert denn auch Juſtinian in dem dritten Falle, in welchem er dem Vater

L. 8. §. 5. cit. Cod.

die Veräuſſerung erlaubt, nämlich ſi res oneroſae hereditati ſunt, vel quocumque modo damnoſae, nicht weiter, daß der Verkauf filii nomine geſchehe; ſondern ſagt nur überhaupt: quas ſine periculo vendere patri cum paterna pietate licet.

§. 39.

Allein es iſt doch ſehr merkwürdig, daß wenn dem Vater auch in der

L. 6. §. 2. Cod. de bonis quae liberis

pleniſſima poteſtas gubernandi in Anſehung der Adventizien ſeiner Kinder eingeräumt, und dagegen den Kindern ausdrücklich unterſagt wird, ihn in dieſer Diſpoſitionsbefugniß zu behindern, dennoch demſelben nicht nur in eben dieſem Geſetz alle Veräuſſerung und Verpfändung dieſer Güter ſuo nomine unbedingt verboten, ſondern auch noch

L. 8. §. 4. et 5. Cod. eod.

in den Fällen, wo dem Vater die Veräuſſerung der bonorum adventitiorum erlaubt iſt, doch ausdrücklich erfordert wird, daß der Vater die Sachen der Kinder in ihrem Namen verkaufe. Denn es heißt nicht nur

§. 4. cit. L. 8.

ganz deutlich:

habeat pater licentiam ex rebus hereditariis (primum quidem mobilibus, sin autem non sufficiunt, ex immobilibus) sufficientem partem nomine filii venundare, ut illico reddatur aes alienum etc.

sondern das Nämliche wird auch in dem andern gesetzlich bestimmten Veräusserungsfalle gesagt:

Sin autem legata vel fideicommissa, sive annalia sive semel relicta, imminent huiusmodi personis: — — — licentia dabitur patri sufficientem partem eorum similiter filii nomine vendere, et satisfacere legatis;

welches endlich nochmals

§. 5. cit. L. 8.

mit vorzüglichem Nachdruck wiederholt wird, wo Justinian sagt:

Sed pater quidem in praedictis tantummodo causis licentiam habeat, rite res filiorum familias vendere FILII NOMINE.

Aus dieser öftern Wiederholung der nämlichen Worte: filii nomine, so wie aus der nachdrücklichen Fassung der ganzen Gesetzstelle, erhellet nun aber, deucht mir, ganz klar, daß diese Worte gewiß nicht ohne Bedeutung sind, sondern der Gesetzgeber dazu seinen guten Grund gehabt haben müsse, warum die Veräusserung, die dem Vater suo nomine schlechterdings verboten ist, im Namen der Kinder geschehen solle.

Iac. CUJACIUS in Recitat. solemn. in libr. Cod. VI. Tit. 61. pag. 730. lit. C. (edit. *Dion.* GOTHOFRED. *Frfti 1605.* 4.)

§. 40.

Es kann nun aber der Sinn dieser Worte offenbar kein anderer seyn, als der: der Vater solle die Sachen der Kinder in den Fällen, da eine Veräusserung nöthig ist, nicht als sein Eigenthum, sondern als das Eigenthum seiner Kinder, und also in deren Namen, und in der Absicht verkaufen, um lediglich ihre Geschäfte dadurch zu betreiben, in welcher Bedeutung die Ausdrücke suo nomine dare, facere, d. i. im eigenen Namen etwas thun, als ob man seine eigene Geschäfte besorgte, und nomine alterius agere, ein Geschäft im Namen eines andern, als dessen Geschäft, mithin solches namentlich als ein fremdes Geschäft besorgen, auch in mehreren andern Gesetzen vorkommen.

L. 16. D. de administr. et peric. tutor.

L. 4. §. 1. D. de eviction.

L. 17. D. de solution.

L. 1. et L. 6. Cod. Si quis alteri vel sibi sub alt. nomine.

§. 41.

Diese Erklärung entspricht auch dem Grunde des Gesetzes vollkommen, welcher unstreitig darin zu setzen

ist,

ist, damit die Veräusserung, welche vom Vater aus rechtmäßiger Ursache auch ohne richterliches Decret unternommen werden kann, für die Kinder verbindlich und unwiderruflich werde, welche sonst eine vom Vater im eigenen Namen unternommene Alienation ihrer Adventizien als gültig anzuerkennen um so weniger schuldig seyn würden, je bekannter es ist, daß Niemand eines andern Sache im eigenen Namen rechtsgültig veräussern darf, ohne daß der Eigenthümer seine Sache zu vindiciren berechtiget wäre, wenn auch gleich der Veräusserer einem Gläubiger des Eigenthümers die Sache desselben an Zahlungsstatt überlassen hätte;

L. 4. et 6. Cod. de rebus alienis non alienand.

L. 6. C. Si res aliena pignori data sit.

L. 3. C. de rei vindicat.

Westphals System des römischen Rechts über die Arten der Sachen, Besitz, Eigenthum und Verjährung §. 331. — 333.

Von diesem Grundsatz des gemeinen Rechts mußte aber der Gesetzgeber, welcher nun einmal die Proprietät der Adventizien den Kindern zugesichert hatte, nothwendig ausgehen, weil der Vater und die Kinder in Absicht auf das Eigenthum dieser Güter ohne Zweifel in eben dem Verhältniß, wie Fremde, zu einander stehen.

Hub. GIPHANIUS in Explanat. difficilior. Legum Cod. ad Lib. VI. Tit. de *de bonis quae liber.* p. 217. sq. (*Colon. Plancian.* 1614. 4.)

RANNIGER Commentat. cit. quaeſt. contin. an et quatenus pater peculium liberorum adv. alienare poſſ. §. 18.

Daher die Geſetze auch ſogar bey der Erwerbung der Kinder durch den Vater darauf geſehen wiſſen wollen, ob die Erwerbung vom Vater namentlich für die Kinder (filiorum nomine) geſchehen ſey, oder nicht.

L. 2. C. Si quis alteri vel ſibi.

§. 42.

Ein anderer Grund aber zweckt auch dahin ab, um den Käufer ſolcher Güter zugleich gegen die Anſprüche der Kinder zu ſichern, und denſelben in den Stand zu ſetzen, dasjenige zu beobachten, was ihm die

L. 1. C. de bonis maternis

zur Pflicht macht, nämlich: ne unquam partem earum rerum, quas alienare prohibitum eſt, ſciens accipiat vel ignorans, und welcher in dieſer Hinſicht mit Recht verlangen kann, daß ihm der Vater nachweiſe, daß eine rechtmäßige Urſache zur Veräuſſerung vorhanden ſey, und ihm deshalb Caution leiſte. Daher hat

Scipio GENTILIS de bonis maternis cap. XIX. pag. 101.

nicht Unrecht, wenn er ſagt, venditionem rerum adventitiarum nomine filii faciendam eſſe, ut cauſa venditionis appareat.

§. 43.

§. 43.

Hierdurch widerlegt sich nun aber der Zweifelsgrund von selbst, den man etwa daher nehmen möchte, daß in dem dritten gesetzlichen Veräusserungs-Falle, nämlich: si res hereditati onerosae vel quocunque modo damnosae sunt, das vendere filii nomine weiter nicht verlangt werde, folglich in den beyden erstern Fällen vielleicht nur darum nöthig sey, weil hier der Vater durch die Veräusserung Verbindlichkeiten zu tilgen sucht, die den Kindern als Erben oblagen, welches hingegen in dem letztern Falle, wo der Vater durch die Veräusserung blos der Kinder Nutzen zu befördern sucht, nicht erforderlich sey. Denn eines Theils ist unläugbar, daß, wenn der Gesetzgeber überhaupt verordnet:

„nur in den genannten Fällen soll der Vater filii nomine veräussern dürfen, in allen übrigen nicht, ausser wenn etwa unter der Erbschaft Sachen befindlich wären, deren Erhaltung den Kindern zum offenbaren Nachtheil gereichen würde;

auch dieser letzte Fall unter der allgemeinen Verordnung des Gesetzes begriffen sey; andern Theils aber findet auch hier der nämliche Grund und Zweck des Gesetzes Statt, und zwar noch mehr, als in jenen erstern Fällen, indem der Vater, wenn er dringender Schulden wegen bona adventitia der Kinder verkauft, eine solche Veräusserung darum, weil er im Unterlassungsfalle die Zinsen sogar aus seinem eigenen Vermö-

gen bezahlen soll, eher für sein eigenes Geschäft anse-
hen, und daher auch im eigenen Namen veräus-
sern könnte, als in dem letztern Falle, wo der Gesetz-
geber bloß sagt: der Vater könne solche res hereditati damnosas aut onerosas sine periculo vendere, ohne jedoch denselben im Unterlassungsfalle für den Schaden ver-
antwortlich zu machen.

§. 44.

Aus diesen Gründen bin ich daher in Ansehung der siebenden Hauptfrage der rechtlichen Meinung:

daß in Absicht auf die Veräusserung des peculii adventitii der Kinder

ad a) zwischen den bonis maternis und andern adventitiis filiorumfamilias kein Unterschied, hingegen

ad b) der Vater an die wörtlichen Veräusserungsursachen der *L. 8. §. 4. et 5. Cod. de bonis quae liber.* schlechterdings gebunden sey, und daher so wenig wegen irgend einer andern, wenn gleich noch grössern factischen Nothwendigkeit, als ob rationem utilitatis veräussern dürfe; und wenn gleich

ad c) zur Gültigkeit einer solchen Veräusserung weder eine causae cognitio, noch ein Decret des competenten Richters erforderlich sey; dennoch

ad d) der Vater das peculium adventitium der Kinder suo nomine, d. i. als sein Eigenthum, nicht

nicht gültig veräussern könne, sondern dasselbe anders nicht als filiorum nomine, das ist, als das Eigenthum seiner Kinder, und daher ausdrücklich auch in ihrem Namen, und lediglich in der Absicht, ihre Geschäfte zu besorgen, veräussern dürfe, wenn die Veräusserung für die Kinder verbindlich seyn, und von denselben auf keine Weise angefochten werden solle.

§. 45.

Beantwortung der achten Frage.

Wem der Beweis von dem Daseyn einer legitimae peculium alienandi causae obliege? den Klägern oder dem Beklagten? und ob den Klägern der Beweis:

„daß kein Grund zur Veräusserung des Guths Benthien vorhanden gewesen,"

(nach der Idee des Beklagten in der Quadruplik) obliege?

Es könnte nun zwar das Ansehen gewinnen, als ob den Klägern der Beweis, daß kein rechtmäßiger Grund zur Veräusserung des Guths Benthien vorhanden gewesen sey, um deswillen obliege, weil sie den Grund ihrer Klage mit darin gesetzt haben, daß die von ihrem Vater, Marcus Ranniger, unternommene Veräusserung desselben wegen Mangels einer rechtmäßigen Veräusserungsursache nichtig sey. Denn

wenn

wenn gleich dem Vater in der Regel verboten ist, bona adventitia seiner Kinder zu veräussern, so ist es ihm doch in gewissen gesetzlich ausgenommenen Fällen erlaubt. Behaupten nun die Kläger, daß die Veräusserung ausser einem solchen Falle geschehen sey, in welchem sie nach dem Gesetz dem Vater erlaubt ist, so scheint es, daß sie den Beweis ihrer Behauptung um so mehr übernehmen müßten, je bekannter es ist, daß jeder Kläger den Grund seiner Klage erweisen muß, ohne daß es darauf ankommt, ob das factische Vorbringen desselben einen bejahenden oder verneinenden Satz enthält.

L. 2. L. 5. §. 1. L. 25. D. de probat.

Gönners Handbuch des teutschen gemeinen Processes 2. Band Nr. XXXVII. §. 18.

Hierzu kommt, daß die Ungültigkeit eines Geschäfts nicht zu vermuthen ist, woraus denn von selbst folgt, daß wer als Kläger dagegen auftritt, und solches anzufechten sucht, auch Beweise beybringen müsse, um die behauptete Ungültigkeit, so weit sie factisch ist, wahr zu machen.

Weber über die Verbindlichkeit zur Beweisführung im Civilprozeß. Halle 1805. S. 286.

§. 46.

Diesem ist auch nicht entgegen, wenn in der

L. 23. Cod. de probat.

ge-

gesagt wird: per rerum naturam factum negantis nullam esse probationem. Denn dieses Gesetz redet nicht davon, daß es unmöglich sey, einen negativen Satz zu beweisen. Wäre dieses, so würde das Gesetz etwas Ungereimtes, und so vielen andern gesetzlichen Vorschriften Widersprechendes gesagt haben. Denn es giebt eine Menge gesetzlicher Entscheidungen, in welchen der Beweis einer Verneinung dem aufgelegt wird, der sich darin gründet.

L. 15. D. de probat.

L. 17. D. eodem.

L. 25. D. eodem.

L. 11. C. eod. tit.

L. 5. C. de iniur.

Nur von dem, der eine gegen ihn angeführte Thatsache bestreitet, nicht von dem, der etwas überhaupt verneinet, sondern von dem, welcher abläugnet, was gegen ihn vorgebracht wird, ist die Rede.

Weber in der angef. Schrift S. 206.

Das Gesetz will also nur soviel sagen, daß derjenige mit dem Beweis zu verschonen sey, welcher einen Thatumstand abläugnet, dessen Daseyn nach sonstigen Rechtsregeln eines Beweises bedarf, weil hier der Gegentheil den Beweis zu führen hat. Es ist daher keinem gegründeten Zweifel unterworfen, daß auch ein negativer Satz erwiesen werden müsse, wenn eine Parthey ihre Intention darin gründet.

S. West.

S. Westphals Abhandlung von dem rechtlichen Beweise einer Verneinung. Halle 1783.

§. 47.

Allein da die Kläger den Grund ihrer Klage hauptsächlich darin setzen, daß ihr Vater Marcus Ranniger das Guth Benthien, welches ein von ihnen ererbtes mütterliches Guth sey,

als sein eigenes Guth

verkauft habe, mithin die Veräusserung um so mehr nichtig sey, als es sogar an einer causa alienationis legitima fehle; so müssen sie schon darum mit allem Beweis verschont werden, da sie die Verordnung des Gesetzes für sich haben, welches dem Vater alle Veräusserung der Adventizien seiner Kinder suo nomine, d. i. als sein Eigenthum, unbedingt verbietet, es mag eine Ursache zur Veräusserung vorhanden gewesen seyn oder nicht.

L. 6. §. 2. C. de bonis quae liberis.

§. 48.

Gesetzt aber auch, die Kläger hätten sich bloß darin gegründet, daß die von ihrem Vater unternommene Veräusserung des ihnen gehörigen Guths Benthien wegen Mangels einer rechtmäßigen Ursache nichtig sey, so würde ihnen doch auch nicht einmal in diesem Falle der Beweis:

daß

daß kein Grund zur Veräusserung des Guths Benthien vorhanden gewesen,

aufgebürdet werden können. Denn es ist eine bekannte Rechtsregel, daß derjenige vom Beweise frey sey, welcher die rechtliche Vermuthung für sich hat, und dagegen demjenigen der Beweis obliege, der gegen die rechtliche Vermuthung etwas behauptet.

Ge. Lud. BOEHMER Princip. iur. canon. §. 775.

Westphal von dem rechtlichen Beweis einer Verneinung. §. 19. ff.

Bern. SPECHT Diss. de insufficientia probandi regulae: affirmanti incumbit probatio; deque alia in eius locum substituenda. *Halae* 1787. §. 50 sqq.

Weber a. a. O. S. 117.

§. 49.

Vermöge dieser Regel ist nun derjenige ohne allen Zweifel mit dem Beweise zu verschonen, welcher die Veräusserung einer Sache als nichtig impugnirt, die nicht anders als aus gewissen gesetzlich bestimmten Ursachen veräussert werden kann, weil das Daseyn einer rechtmäßigen Ursache im Zweifel nicht vermuthet wird, also nothwendig von dem Beklagten, der das Daseyn derselben behauptet, bewiesen werden muß. Denn für den Kläger, der sich in qualitate rei gründet, quae in regula alienari non debet, streitet die Vermuthung, daß die Veräusserung rechtswidrig geschehen sey, solange

deren Rechtmäßigkeit von dem Beklagten nicht dargethan worden ist.

Ge. Mich. de MEZGER Diss. de onere probandi et causis, quae litigantem ab eo immunem reddunt. *Altorfii* 1800. §. 22.

§. 50.

Dies ist nun aber hier unstreitig der Fall, weil dem Vater der Regel nach die Veräusserung der Adventizien seiner Kinder verboten ist, und daher den Kindern das Recht zusteht, selbige a quocunque possessore zu vindiciren, wenn nicht die Veräusserung aus einer gesetzmäßigen Ursache geschehen ist. Es muß also deren Daseyn jederzeit von dem Beklagten erwiesen werden, der die an ihn veräusserte Sache herausgeben soll.

Hoschers Sammlung merkwürdiger am kaiserlichen Reichs-Cammergericht entschiedener Rechtsfälle 3. Th. 4. Rechtsfall §. 68.

Et sic is, in quem pater alienavit, non poterit condemnationem evitare, nisi probet, alienationem ex legitima causa factam,

wie mit vollkommenem Grunde

Octav. SIMONCELLUS in Tract. de decretis caeterisque solemnitatibus in contract. minorum aliorumque his simil. adhibend. Lib. III. Tit. 8. nr. 4.

sagt.

§. 51.

§. 51.

Der Satz, daß die Ungültigkeit eines Geschäfts nicht zu vermuthen sey, findet nur bey solchen Rechtsgeschäften Statt, die an sich erlaubt sind.

L. 5. §. 1. D. de probat.

Ist nun aber das Geschäft an sich ungültig, so liegt bereits in facto ein Vorgang zu Tage, der an sich den Beklagten gegen des Klägers Anspruch nicht schützen kann, wofern er nicht zu beweisen vermag, daß eine solche Ursache vorhanden sey, aus welcher es gleichwohl den Rechten nach erlaubt war, das Geschäft zu schließen.

Weber über die Verbindlichkeit zur Beweisführung S. 291. folg.

§. 52.

Hieraus ergiebt sich nun zur Genüge:

daß bey der Vindication veräusserter Adventizien jederzeit dem Beklagten der Beweis obliege, daß die Veräusserung rechtmäßig geschehen sey, und daher in dem gegenwärtigen Falle den Klägern der Beweis:

daß kein Grund zur Veräusserung des Guths Benthien vorhanden gewesen sey,

keinesweges aufgelegt werden könne.

XXXVIII.

Rechtliches Gutachten

betreffend die Rechts-Frage: ob wegen entwendeter Obligationen die Vindicationsklage, wie bey andern gestohlnen Sachen, Statt habe, oder nicht?

---

§. 1.

Geschichtserzählung.

Die Hofräthin G. vertraute Jemandem, gegen welchen sie gar kein Mißtrauen zu haben nöthig hatte, 9 Stück Königl. Kais. Bittmannischer Obligationen zur gehörigen Verwahrung an, und erhielt auch alle Jahre richtig die Zinsen.

Als nun derjenige, in dessen Verwahrung die Obligationen waren, verstarb, so zeigte sich's, daß diese Obligationen nicht mehr vorhanden, sondern sämmtlich verkauft waren. Das Einzige, was noch gerettet worden, ist, daß noch der Beweis, daß und von wem solche ehemals von der Hofräthin G. erkauft worden, so wie die Nummern und Buchstaben, wodurch diese Obligationen sich von andern unterscheiden, noch vorhanden sind.

Es entsteht daher die Frage:

1) findet hier eine Klage Statt oder nicht? und wenn eine Statt findet, welche ist

2) diese Klage, und kann solche gegen jeden Besitzer angestellet werden.

§. 2.

Zweifelsgründe.

Es könnte nun zwar scheinen, daß in dem gegenwärtigen Falle keine Klage gegen den dritten Besitzer Statt finde, sondern bloß die actio depositi gegen die Erben desjenigen anzustellen sey, dem die gedachten Obligationen in Verwahrung gegeben worden. Denn es ist

1) bekannt, daß nach teutschen Rechten derjenige, welcher mittelst Vertrags seine Sachen einem Andern auf guten Glauben anvertrauet hat, in dem Falle, da dieser selbige wider des Eigenthümers Absicht veräussert hat, den dritten redlichen Besitzer nicht in Anspruch nehmen kann, nach der alten Rechtsregel: Hand muß Hand wahren, oder wo man seinen Glauben verlohren hat, da muß man ihn wieder suchen.

Eisenharts Grundsätze der teutschen Rechte in Sprüchwörtern 4. Abth. Nr. IX. S. 346. ff.

Runde Grundsätze des teutschen Privatrechts §. 199.

Es ist auch 2) über die Beybehaltung dieser teutschen Parömie um so mehr zu halten, da sie nicht nur zur Beförderung des gemeinen Glaubens und Zutrauens im Handel und Wandel gereicht, sondern auch dadurch weitläuftige Processe verhütet werden können, nicht zu gedenken, daß es der Eigenthümer billig seiner Unvorsichtigkeit zuzuschreiben hat, daß er einem Menschen, dessen Treue er nicht genug geprüft hatte, das Seinige anvertrauete.

Vinc. RUMPFF Diss. de rei vindicatione ex iure Rom. et Hamburg. *Goettingae 1764.* Sect. II. §. 41. seqq.

VOET Commentar. ad Pandect. Tit. de Rei vindicat. §. 12.

Hierzu kommt 3) daß bey der actione depositi der Erbe auch für den dolus seines Erblassers haften muß, und deshalb in solidum belangt werden kann;

L. 7. §. 1. D. Depositi.

und wenn gleich 4) nach dem Römischen Rechte dem Eigenthümer auch gegen den dritten Besitzer der deponirten Sache die Rei vindicatio gestattet wird,

L. 8. Cod. Depositi

so scheint doch diese Klage in dem gegenwärtigen Falle darum nicht anwendbar zu seyn, weil Obligationen als unkörperliche Sachen zu betrachten sind:

In chirographo enim nulla ratio habetur tabulae vel chartae, in qua perscriptum est nomen debitoris, sed

ipsius nominis, et obligationis et actionis, quae ex eo nascitur.

L. 59. D. de legat. 3.

L. 44. §. 5. D. de legat. 1.

L. 3. §. 1. D. de liberat. legata.

L. 2. §. 1. D. de pact.

AVERANIUS in Interpretat. iuris Lib. III. cap. 10. nr. 3.

Nun aber findet die Rei vindicatio bey unkörperlichen Sachen nicht Statt.

L. 1. §. 1. D. de Rei vindicat.

§. 1. I. de actionib.

§. 3.

Entscheidungsgründe.

Allein 1) der alte teutsche Rechtsgrundsatz: Hand muß Hand wahren, ist den Grundsätzen des Römischen Rechts ganz entgegen, und daher durch die Aufnahme des Röm. Rechts in Teutschland aus dem teutschen Rechtssystem fast ganz verdrängt worden, so daß daher heut zu Tage nicht weiter davon Gebrauch gemacht werden kann, als sofern Gesetze oder das Herkommen diese Regel an diesem oder jenem Orte bestätigen.

Eisenhart in den angeführten Sprüchwörtern S. 348.

Danz Handbuch des heutigen teutschen Privatrechts 2. Band §. 199. S. 250.

Westphal rechtliche Abhandlung der Fälle, in welchen der Eigenthümer seine in eine dritte Hand gediehene Sachen entweder gar nicht, oder nicht ohnentgeldlich abfordern kann. Halle 1787. §. 22.

§. 4.

2) Nach dem Römischen Rechte können aber auch Urkunden vindicirt, oder mit der actione ad exhibendum auch von dem dritten Besitzer abgefordert werden.

L. 3. D. Testam. quemadm. aperiant.

L. 3. §. 5. D. de tab. exhibend.

Schmidts theoretisch practischer Commentar über seines Vaters Lehrbuch von gerichtl. Klagen und Einreden 2. Bd. §. 432. S. 194.

Westphals systemat. Commentar über die Gesetze von Vorlegung und Eröfnung der Testamente. §. 26.

Es muß folglich

3) das nämliche auch eben so gut von Obligationen oder Schuldscheinen gelten, da selbige, als körperliche Sachen betrachtet, ohne Zweifel ein Gegenstand des Eigenthums sind;

KIND Quaestiones forens. Tom. I. cap. 96.

Wogegen 4) die in den Zweifelsgründen Nr. 4. angeführten Gesetzstellen im mindesten nichts releviren, da selbige nur so viel sagen wollen, daß bey legirten oder ver-

verkauften Obligationen, nicht das Papier, sondern die darin enthaltene Schuldforderung in Betrachtung komme, und diese eigentlich den Gegenstand des Vermächtnisses oder Kaufs ausmache. Hierzu kommt

5) daß auch sogar deponirtes Geld, wenn solches von dem Depositar einem Dritten gegen den Willen des Hinterlegers dargeliehen worden ist, von dem Eigenthümer vindicirt werden kann, sofern es bey dem Dritten noch in Natur vorhanden ist.

L. 8. Cod. depositi.

L. 11. §. 2. L. 14. D. de reb. credit.

L. 26. §. 9. L. 46. D. de condict. indeb.

L. 67. D. de iure dot.

L. 24. §. 2. D. de reb. auct. iud. possid.

BRANCHU Observationes ad ius Rom. Decad. alt. cap. XVI. pag. 112. sqq.

Es muß dieses also noch vielmehr bey Obligationen Statt finden, die noch in Natur vorhanden sind.

§. 5.

Aus diesen Gründen bin ich der rechtlichen Meinung:

daß in dem gegenwärtigen Falle wegen der von dem Depositar rechtswidrig veräusserten Bittmannischen Obligationen die Rei Vindicatio oder auch actio ad exhibendum gegen jeden Besitzer derselben,

er sey redlicher oder unredlicher Besitzer, so gut wie wegen gestohlner Sachen angestellt werden könne, und daß jeder Besitzer solche unentgeldlich herauszugeben schuldig sey.

XXXIX.

Liegt bey der Spesennachnehmung nach dem Handelsgebrauch eine Cession zum Grunde, wenn ein Fuhrmann bey Uebernehmung der Fracht dem Spediteur die Spesen bezahlt, oder ist das Geschäft für eine bloße Anweisung zu halten? und findet also der Regreß gegen den Spediteur Statt, wenn dem Fuhrmann bey Ablieferung der Güter die Spesen nicht wieder vergütet worden sind?

---

§. 1.

Der Fuhrmann Hiemer von Oberrickelsheim hatte bey dem Frankfurter Handelsmann Johann Gerhard Hofmann zwey Faß Carotten um die bedungene Fracht von 7 Fl. pr. Ctnr. für die Kaufleute Conrad und Comp. in Ulm geladen, und zugleich die Spesen mit 131 Rthlr. an den gedachten Hof-

Hofmann zu Frankfurt vergütet. Darüber erhielt er folgenden Frachtbrief datirt Frankfurt den 1. Dec. 1799.

„Durch Fuhrmann Hieronymus Hiemer von Nürnberg erhalten Sie hier unterschriebenes Guth, mit Ersuchen, nach guter und in rechter Zeit geschehener Lieferung die bedungene Fracht davon zu bezahlen, und laut Bericht damit zu verfahren."

2 Faß Carotten 36 3/8 Ctner. Im Lohn a 7 Fl. pr. Ct. und 131 Rthlr. darauf nachgenommene Spesen.

Johann Georg Hofmann
zum Spiegel.

§. 2.

Hiemer kommt mit der Fracht in Ulm an. Liefert die zwey Faß Carotten an die Kaufleute Conrad und Comp. ab, und erhält auch seinen accordirten Fuhrlohn, aber die an den Kaufmann Hofmann zu Frankfurt vergüteten Spesengelder a 131 Rthlr. werden ihm mit der Weisung, daß das Guth unrichtig spedirt sey, verweigert. Der Schein, den sie darüber dem Fuhrmann Hiemer ausstellten, lautete so:

„Daß wir dem Fuhrmann Hieron. Hiemer von Nürnberg von den an uns abgelieferten 2 Faß Carotten 36 3/8 Centner die Fracht mit 254 Fl. 7 kr. bezahlt haben, mit den darauf überschriebenen Spesen aber von 131 Rthlr. an Herrn Johann Ger-

Gerhard Hofmann zum Spiegel in Frankfurt wegen unrechter Spedition zurückgewiesen haben, bezeugen hiermit. Ulm den 11. Dec. 1799."

Conrad und Comp.

§. 3.

Der Fuhrmann Hiemer verlangte nun von dem Handelsmann Hofmann zu Frankfurt die ihm aus seinem Beutel bezahlten Spesengelder zurück, und klagte deshalb gegen ihn bey dem Fuhramt zu Frankfurt am 16. Jan. 1800. dahin:

daß der Beklagte zur Rückgabe dieser Spesen a 131 Rthlr. cum expensis rechtlich angewiesen werden möchte.

§. 4.

Der Beklagte setzte der wider ihn angestellten Klage die exceptionem non competentis actionis entgegen. Weil nämlich Kläger den Frachtbrief, so wie er vom Beklagten sey ausgefertiget worden, angenommen habe, so habe ihm auch obgelegen, die Zahlung der Spesengelder entweder durch Retention der Frachtgüter aussergerichtlich zu betreiben, oder dieselben gerichtlich in Ulm einzuklagen. Da er nun keines von beyden gethan, so stehe ihm auch gegen den Beklagten auf keine Weise ein Klagerecht zu.

§. 5.

§. 5.

Kläger repliciрte, er sey vom Beklagten wegen der Wiedereinkassirung seiner ausgelegten Spesengelder an die Kaufleute Conrad und Compagn. in Ulm angewiesen worden, und da er von diesen die Wiederbezahlung nicht wieder erhalten habe, so müsse er sich natürlich an den wenden, dem er das Geld bezahlt habe. Kläger habe keinesweges die Verbindlichkeit auf sich genommen, den zwischen Beklagten und den Ulmer Kaufleuten allenfalls entstehenden Proceß für sich auszuführen, und von den letztern sein Geld einzuklagen. Ein Retentionsrecht habe er an den Waaren auch nicht exerciren können. Denn alsdann hätte er weder Fracht noch Spesengeld erhalten. Einen Proceß mit den Ulmer Kaufleuten anzufangen, wäre um so gefährlicher gewesen, da er unbekannt mit den Verhältnissen des Beklagten und der Ulmer Kaufleute, wie ein Soldat ohne Waffen, in Streit gezogen wäre. Kläger sey also nur wie ein Assignatar zu betrachten, der seinen Regreß an dem Beklagten, seinem Anweiser, sonst an Niemanden nehme.

§. 6.

In der Duplik bringt dagegen der Beklagte vor. Kläger irre sich, wenn er das zwischen ihm und dem Beklagten vor Ausfertigung des Frachtbriefes vorgegangene Geschäft für eine bloße Anweisung halten wolle. Bey der Spesennachnehmung liege offenbar

eine

eine Abtretung und Cession der Forderung desjenigen zum Grunde, welcher die Spesen nachnimmt, und es gelten also dabey alle Grundsätze, welche bey der Cession einer jeden andern Forderung in Anwendung kommen. Der Kaufmann, welcher als Spediteur Waaren zu versenden hat, erkläre gegen den Fuhrmann, daß er ihm Waaren zu verführen geben wolle, wenn er die an den Eigenthümer derselben zu fordern habenden Frachtauslagen auf sich nehmen, und bezahlen wolle. Durch Bezahlung der Forderung des Absenders und Annehmung der Waaren willige der Fuhrmann stillschweigend in den Accord. Kommt nun der Fuhrmann an Ort und Stelle, so erkläre er dem Eigenthümer der Waaren, welche er als Fracht geführt hat, der Spediteur habe der Waaren wegen eine Spesenforderung gehabt, welche derselbe nachgenommen, d. i. welche derselbe ihm, dem Fuhrmann, cedirt habe, und verlangt nebst der Fracht auch die Bezahlung dieser ihm cedirten Forderung. Bekommt er nun diese nicht, so müsse er die Waaren zurückbehalten, auf Bezahlung der Spesen und Frachtforderung bey dem competenten Richter Klage erheben, und wenn er dieser Forderung wegen seinen Regreß an dem Cedenten nicht verlieren will, diesem, dem Cedenten, litem denunciren, damit dieser ihm beystehe. Mit der bloßen Behauptung des Schuldners, er sey dem Cedenten nichts schuldig, weil die Güter unrecht spedirt worden, dürfe sich der Fuhrmann nicht abweisen lassen.

§. 7.

§. 7.

Auf diese Grundsätze, fährt Beklagter fort, stütze sich auch der Handelsgebrauch, und bringt zur Bestärkung seiner Behauptung ein Parére von den Vorstehern der Frankfurter Handels-Compagnie bey, dessen Inhalt dahin gehet:

„Daß Fuhrmann H. gröblich gefehlt habe, daß er die ihm verladene Waaren an die Kaufleute in Ulm habe verabfolgen lassen, und eigenmächtig gleichsam das Unterpfand für die nachgenommenen Spesen aus den Händen gegeben habe, bevor er solche wieder bezahlt erhalten, oder auf andere Art sicher gestellt worden, daß er sie allda bekommen würde. Die aus diesem Fehler entspringenden Folgen müsse also H. sich selbsten beymessen, und könne nicht mit Recht von dem Handelsmann H. zu Frankfurt die Wiedererstattung besagter 131 Rthlr. Spesen begehren, sondern habe sich deshalb lediglich an C. in Ulm, wo ihm deren Bezahlung bey Uebernahme des Gutes anfänglich angewiesen wurde, zu halten."

§. 8.

Der Kläger erhielt veniam triplicandi. Er sucht in seinem Triplikſatz auszuführen, daß es nicht, wie der Beklagte meint, bey Verladung einer Fracht conditio sine qua non sey, daß der Fuhrmann die Spesenforderung bezahle, und also dieser als Cessionar

anzu-

anzusehen sey. Der Fuhrmann fahre um nichts anders, als um seinen Lohn, um diesen accordire er mit dem Kaufmann. Sind beyde darüber einig, so sey das Geschäft abgemacht. Hat zufälliger Weise der Kaufmann an dem, welchem die Waaren zugesendet werden, eine Spesenforderung, und der Fuhrmann bezahlt sie ihm, so geschehe dies aus bloßer Gefälligkeit, in der alleinigen Hofnung und Bedingung, sie beym Abladen wieder einzuziehen. Denn eine Aufkaufung fremder Forderungen liege ausser den Grenzen seines Gewerbes. Er habe also schlechterdings in keine Condition gewilliget, welche ihm zum Cessionar mache, und ihn nur überflüßigen Weitläuftigkeiten und Verdrüßlichkeiten aussetzen müßte. Erhält also der Fuhrmann an dem Orte seiner Bestimmung die ausgelegten Spesen nicht wieder, so verlange er sein Geld von dem wieder zurück, dem er es bezahlt hat. Das von dem Kläger beygebrachte Parére verdiene keine Rücksicht. Denn 1) sey die hier zu entscheidende Frage mehr dem Richterstuhl rechtlicher als kaufmännischer Entscheidung unterworffen. 2) Stelleten die Börsevorsteher bekanntlich das corpus der ganzen Kaufmannschaft vor, wovon der Beklagte ein Mitglied sey. Wenn also die Stimme der Kaufmannschaft hier entscheiden sollte, so würde ein Richter in eigener Sache sprechen. 3) Sey gerade die Hauptfrage, was es mit nachgenommenen Spesen für eine Bewandniß habe, unentschieden geblieben.

§. 9.

§. 9.

In der Quadruplik sucht Beklagter hingegen zu zeigen, daß dem Spediteur, der die Eigenthümer der Waaren oft weiter nicht, als dem Namen nach kenne, die Waaren zur Sicherheit für seine Auslagen dienten. Der Fuhrmann, der die Spesen dem Spediteur bezahle, dürfe also auch dieses Sicherheitsmittel nicht aus den Händen lassen, sonst gehe sein Regreß an seinen Cedenten unwiederbringlich verlohren.

§. 10.

Nach geschlossenem Verfahren ward von dem Fuhramt am 16. Sept. 1800. erkannt:

„daß Kläger, da er die zwey Faß Carotten aus den Händen gegeben, auch solche an dem Ort der Abladung nicht gerichtlich reclamirt hat, wegen des Ersatzes der darauf haftenden Spesen von 131 Rthlrn. mit seiner Klage an die Kaufleute Conrad und Comp. in Ulm zu verweisen sey, compens. expens.“

§. 11.

Gegen diese Sentenz interponirte Kläger das remedium provocationis ad Scabinatum, und erhielt ein reformatorisches Erkenntniß, publicirt den 16. Nov. 1801. und folgenden Inhalts:

„daß Beklagter und Provocat die von dem Fuhrmann Hiemer bey Gelegenheit des mit letzterm

abgeschlossenen Fuhrvertrags an Spesen nachgenommenen 131 Rthlr. binnen 4 Wochen zurückzuzahlen schuldig; es könnte und wollte denn derselbe binnen 14 Tagen peremtorischer Frist beweisen, daß er dem Fuhrmann Hiemer bey Anweisung der von ihm entlehnten Summe an die Handelsleute Conrad und Compag. in Ulm ausdrücklich aufgetragen habe, die ihm verladenen Waaren, ohne daß die entnommenen 131 Rthlr. vorerst bezahlet worden, an die Assignatos nicht verabfolgen zu lassen, welchenfalls, des Provocantens Gegenbeweis vorbehältlich, anderweit ergienge, was sich zu Recht gebührt."

§. 12.

Beklagter nahm zu dem Rechtsmittel der Actenversendung in vim revisionis seine Zuflucht. Er glaubte, durch das gedachte Schöffen-Decret um so mehr beschwert zu seyn, als nach ausdrücklicher Verordnung der Reichsgesetze

Reichs-Conclus. vom Jahr 1671.

die Obrigkeiten und Unterrichter angewiesen wären, in Gewerb- Meß- und Handlungssachen, ehe und bevor die Appellations-Prozesse erkannt worden, wie nicht weniger vor Eröfnung der Urthel, verständiger Kaufleute Gutachten circa factum mercantile zu vernehmen, und solche nachgehends der höchsten Tribunalen arbitrio anheim zu geben, dahingegen das gedachte Schöffen-

Decret

Decret allem bisherigen Handelsgebrauche zuwider laufe, welches auch das Frankfurter Bestätter-Amt aus seiner vieljährigen Erfahrung werde bezeugen können, um dessen gutachtlichen Bericht daher Revident zur Bewirkung eines reformatorischen Erkenntnisses insonderheit bat.

§. 13.

Allein die hiesige Fakultät, an welche die Acten geschickt wurden, bestätigte dennoch das vorige Erkenntniß, und zwar aus folgenden Gründen.

Bekannten Rechten nach wird keine Cession vermuthet, sondern die Uebertragung einer Forderung wird im Zweifel nur für eine Assignation gehalten. Denn durch die Cession geht Eigenthum und Gefahr der Forderung auf den Cessionar über; eine solche Uebertragung ist im Zweifel nicht zu vermuthen, sondern muß zwischen den Interessenten ausdrücklich ausgemacht seyn.

FRANCK Institution. iuris cambial. Lib. I. Sect. III. Tit. 9. §. 16.

LUDOVICI Diss. de legitimatione ad causam §. 1.

RICCII Exercitat. iuris cambial. VI. de indossatione cambiorum proprior. Sect. III. §. 12. pag. 124.

Car. Phil. SICHERER Commentat. de assignationibus. *Giessae 1782.* Sect. II. §. 9.

§. 14.

Diese Grundsätze des gemeinen Rechts müssen auch als Regel gelten, wenn ein Spediteur sich von dem Fuhrmann, dem er die Waaren zum Verladen übergiebt, die ihm daran gebührenden Spesen bezahlen läßt, solange ein Anderes nicht erwiesen ist. Nun enthält der Frachtbrief, den Revident selbst aufgesetzt hat, und welcher hier, als die lex contractus, die einzig entscheidende Norm ist, von einer geschehenen Cession der in Frage stehenden Spesenforderung an den Revisen nichts, wohl aber einen Auftrag an die Kaufleute in Ulm, als die Eigenthümer der Waaren, die bedungene Fracht nebst den Spesen an Revisen zu bezahlen, und zwar, wie es ausdrücklich darin heißt,

nach guter und in rechter Zeit geschehener Lieferung.

§. 15.

Da eine Anweisung, wodurch der Schuldner seinen Gläubiger, seine Forderung von einem Dritten zu erheben, berechtiget, und diesem sie ihm zu bezahlen aufgiebt, ein zweyfaches Mandat des Anweisenden voraussetzt; das eine an den Dritten, dem an ihn Gewiesenen die Zahlung zu leisten; das andere an den Angewiesenen, diese Zahlung zu erheben;

von Martens Grundriß des Handelsrechts §. 48.

so

so kommt es in dem gegenwärtigen Falle lediglich noch darauf an, ob Revise dem ihm gegebenen Auftrage gemäß gehandelt, oder die Gränzen desselben überschritten habe. Letzteres sucht nun zwar Revident zu behaupten, weil Revise nach Handelsgebrauch die Waaren hätte zurückbehalten sollen, bis er von den Kaufleuten in Ulm seine Bezahlung erhalten, und wenn ihm diese verweigert worden, er seiner Forderung wegen bey dem competenten Richter derselben Klage erheben, und dem Revidenten litem denunciren sollen, damit ihm dieser hätte beystehen können. Allein dieser Behauptung des Revidenten steht

1) der Inhalt des Frachtbriefs gerade entgegen. Denn der Frachtbrief sichert dem Fuhrmann nur unter der Bedingung seinen Lohn zu, wenn er die Waare richtig und zu rechter Zeit abgeliefert hat. Jeder Frachtbrief enthält daher, so wie auch der von dem Revidenten ausgestellte, die Clausel:

> nach guter und in rechter Zeit geschehener Lieferung die bedungene Fracht zu bezahlen.

Dem Empfänger der Waare steht also nach dieser Clausel das Recht zu, vorher die angekommene Ladung zu untersuchen, und dem Fuhrmann bis dahin, daß sie richtig befunden worden, den Lohn vorzuenthalten.

Münters Frachtfahrer-Recht 1. Th. 1. Abschn. 6. St. §. 5. S. 101.

Nach dieser Ansicht fällt also dem Revisen keine Schuld zur Last, daß er vor erhaltener Bezahlung die Waaren ablieferte, weil gute und richtige Ablieferung ihm nach dem ausdrücklichen Inhalt des Frachtbriefs erst ein Recht gab, seinen bedungenen Lohn zu fordern.

Münter a. a. O. §. 6. S. 103.

§. 16.

Hiernächst ist es

2) bekannten Rechtens, daß kein Assignatar schuldig ist, den angewiesenen Zahler erst zu belangen, wenn dieser das Mandat nicht angenommen hat, oder nicht erfüllt, sondern er kann vielmehr sofort gegen den Aussteller der Anweisung sowohl auf die Bezahlung der Schuld, da Anweisung keine Zahlung ist, als auch auf den Ersatz der erlittenen Schäden und Kosten klagen.

von Martens Grundriß des Handelsrechts §. 49.

Es kann folglich den Revisen auch von dieser Seite kein Vorwurf einer begangenen Nachläßigkeit treffen.

§. 17.

Dagegen kann auch

3) das von dem Revidenten zu den Acten gebrachte Parére der Börsevorsteher zu Frankfurt in keine Betrachtung kommen. Denn kaufmännische Pareres

reres haben überhaupt keine entscheidende Kraft, sondern sind als bloße Gutachten anzusehen, welche zwar zur Unterstützung des Beweises eines behaupteten Handelsgebrauchs dienen, an sich aber weder einen vollen noch halben Beweis geben, mithin den Richter nicht verbinden, nach dem Inhalt derselben schlechterdings zu sprechen.

Ludovici Kaufmanns-Lexicon Art. Parere.

Lobethans Grundsätze des Handlungsrechts §. 117.

von Martens Grundriß des Handelsrechts §. 38.

Ludovici Einleitung zum Wechsel-Proceß Kap. XII. §. 4. am Ende.

Nach weniger Rücksicht verdient aber das vom Revidenten in dem gegenwärtigen Falle beygebrachte Parere schon darum, weil es nicht, wie es der Eigenschaft solcher Pareres gemäß geschehen sollen, als ein Gutachten oder als ein Zeugniß über einen streitigen Handelsgebrauch, sondern in einem anmaßlich entscheidendem Tone abgefaßt ist.

§. 18.

Endlich

4) kann auch bey den schon vorhandenen Entscheidungsgründen die vom Revidenten verlangte Abforderung eines Berichts von den Frankfurter Güterbestät-

tern zur Entscheidung der Sache um so weniger etwas beytragen, da das Geschäft der Güterbestätter bloß darin besteht, strenge Aufsicht über die Fuhrleute und das Fuhrwesen zu führen, und die Ordnung bey denselben zu erhalten,

Veillodters Entwurf eines allgemeinen Handelsrechts. Kap. 22. §. 8. S. 211.

es schlägt also die Bezeugung einer dergleichen Handlungs-Observanz, als Revident dadurch zu erweisen sucht, in deren Amt gar nicht ein. Daher auch des Revidenten Antrag durch das Decret vom 16. Dec. 1801. No. 25. der Acten mit Recht verworffen worden ist.

XL.

Eine mit der Codicillar-Clausel versehene Schenkung auf den Todesfall, in welcher ein Ehegatte dem andern, mit Uebergehung seiner Eltern, sein gesammtes Vermögen hinterlassen hat, ist nicht ganz ungültig, sondern die Eltern können nur blos den Pflichttheil, nicht aber zugleich nebst diesem auch die Trebellianische Quart fordern.

---

§. 1.

Der Beutlermeister Johann Friederich Pohmer zu Jena, war mit der Tochter des Johann Michael Hamburgs zu Ammerbach verheurathet, lebte aber mit ihr in einer kinderlosen Ehe. Sie errichtete vor Burgermeister und Rath zu Jena am 16. April 1798. eine mit der Codicillar-Clausel versehene Schenkung auf den Todesfall, worin sie mit Uebergehung ihres damals noch lebenden Vaters, ihrem Ehemann ihr sämmtliches Vermögen geschenkt, welche Schenkung dieser auch angenommen hat. Nach ihrem Ableben war Pohmer bereit, seinem Schwiegervater den Pflichttheil zu überlassen. Allein dieser wollte den Immobiliar-Nachlaß haben und nur die Mobilien seinem Schwiegersohn zugestehen, und erklärte, wie

er blos in dem Wege der Güte das Vermögen mit ihm theilen wollte. In der nunmehr angestellten Klage bat Pohmer den Beklagten, nach Abzug seines Pflichttheils, zur Abtretung des ganzen Vermögens, soweit er sich dessen angemasset, anzuhalten.

§. 2.

Der Beklagte setzte die Einrede der pflichtwidrigen und also ungültigen Schenkung des gesammten Vermögens entgegen, weil er als Vater übergangen worden. Er könne sich mithin mit dem Pflichttheile nicht begnügen, sondern verlange den ganzen Nachlaß mit Ausnahme der Mobilien, welche dem Kläger, als Ehemann, nach sächsischen Rechten gehörten. Die Codicillar-Clausel könne die nichtige Schenkung nicht erhalten. Wenn sie aber auch diese Wirkung hätte, so würde er doch, ausser dem Pflichttheil, die Trebellianische Quart abzuziehen befugt seyn.

§. 3.

In der ersten Instanz wurde erkannt, daß Beklagter, in Kraft der befragten Schenkung auf den Todesfall und der angehängten Codicillar-Clausel, den Nachlaß der Verstorbenen und dessen Abwurf, nach Abzug des ihm zustehenden Pflichttheils und der Trebellianischen Quart, Klägern zu überlassen schuldig, wie denn auch dieser zum Behuf der Vertheilung eine

eidli-

eidliche Specification von dem Mobiliarnachlaß ediren soll. Die Kosten wurden verglichen.

§. 4.

Gegen diesen Bescheid ergriffen beyde Theile die Läuterung. Der Kläger fand sich beschwert, daß Beklagter ihm den befragten Nachlaß, kraft der der Schenkung beygefügten codicillarischen Clausel, überlassen soll, und daß seinem Gegner der doppelte Abzug des Pflichttheils und der Trebellianischen Quart gestattet worden, statt daß ihm nur der Pflichttheil hätte zuerkannt werden sollen. Hingegen setzte Beklagter seine Beschwerde darin, daß nicht in Gemäßheit der vorgeschützten Einrede der pflichtwidrigen und ungültigen Schenkung des sämmtlichen Vermögens, die ganze Schenkung für nichtig erklärt und ihm nicht der ganze Nachlaß seiner Tochter, mit Ausnahme der Mobiliarschaft, zugesprochen worden.

§. 5.

Die Fakultät änderte dieses Erkenntniß im April 1800. dahin ab: Nunmehr aus den Acten soviel zu befinden, daß, soviel Klägers Läuterung betrifft, Beklagter den befragten Nachlaß nicht in Kraft der der Schenkung beygefügten codicillarischen Clausel an Klägern zu überlassen schuldig, Beklagter auch eine doppelte Portion, nämlich den Pflichttheil und die Quartam Trebellianicam abzuziehen nicht befugt, sondern es

ist

ist Beklagter jetzt dessen Erben dem Kläger, kraft der von seiner verstorbenen Ehefrau errichteten Schenkung, ohne Rücksicht auf die angehängte Codicillar-Clausel, deren sämmtlichen Nachlaß und dessen Abwurf, lediglich nach Abzug des dem verstorbenen Hamburg, als Vater, gebührenden Pflichttheils zu überlassen pflichtig, dahingegen es im übrigen, der von Beklagtem eingewandten Läuterung ungeachtet, bey dem vorigen Bescheid billig bleibet, und werden die Läuterungs-Expensen gegeneinander aufgehoben.

§. 6.

Es kommt hier auf eine streitige Rechtsfrage an. Dem ersten Anblick nach scheint die Schenkung ganz ungültig zu seyn. Das Justinianeische Recht enthält die allgemeine Vorschrift, daß Eltern in den letzten Willensverordnungen ihrer Kinder nicht übergangen werden dürfen, sondern ihnen wenigstens der Pflichtheil, wenn nicht eine rechtmäßige und in der Wahrheit gegründete Ursache der Enterbung vorhanden ist, hinterlassen werden muß, ausserdem die Disposition unkräftig seyn soll [1]). Eine auf den Todesfall gemachte Schenkung des gesammten Vermögens ist, der Wirkung nach, ein Testament, und also gleichviel, ob die Notherben durch ein Testament, oder eine solche Schenkung von der Succession ausgeschlossen werden. Daher scheint es, daß eben das, was vom pflichtwidrigen Testament vorgeschrieben ist, auch auf eine auf den Todes-

Todesfall gemachte pflichtwidrige Schenkung des gesammten Vermögens anwendbar sey, zumal dergleichen Schenkungen sich weit mehr, als Schenkungen unter Lebendigen, dem Testamente nähern. Das Römische Recht vergleicht sogar die querelam inofficiosae donationis mit der Querela inofficiosi testamenti [2]). Man pflegt einen Donatar für einen solchen, qui pro herede possidet, zu halten, und weil die Schenkung in der Absicht gemacht wird, um die Querel des pflichtwidrigen Testaments zu eludiren, so dürfte die Regel eintreten: plus valet, quod agitur, quam quod simulate concipitur [3]). Es fehlt auch nicht an angesehenen Rechtslehrern, welche behaupten, daß eine Schenkung des gesammten Vermögens, wegen der Uebergehung eines Notherbens, nicht blos nur in soferne der Pflichtheil geschmälert wird, sondern ganz wieder aufgehoben werden müsse [4]), besonders wenn der Donatar, wie im gegenwärtigen Falle, ein Fremder ist [5]). Es soll ihm auch nichts helfen, wenn er gleich dem Notherben den Pflichttheil freiwillig anbietet [6]). Zwar ist die Querel der pflichtwidrigen Schenkung eigentlich nur auf die Schenkungen unter den Lebenden eingeschränkt. Man will sie aber auch bey Schenkungen auf den Todesfall, wenn solche sich auf das ganze Vermögen erstrecken, verstatten [7]). Da endlich nach einiger Rechtslehrer Meinung nicht einmal ein Testament, worin Notherben übergangen sind, durch die angehängte Codicillar Clausel, als ein Fideicommiß erhalten werden kann [8]), so scheint diese

Clau-

Clauſel noch vielweniger bey Schenkungen eine Wirkung zu haben.

1) Nov. 115. Cap. 4. Sancimus itaque non licere liberis parentes ſuos praeterire, aut quolibet modo a rebus propriis, in quibus habent teſtandi licentiam, eos omnino alienare.

2) L. 1. 2. 4. 6. 8. in pr. 9. C. de inofficioſ. donat.

3) Böhmers doctrina de actionibus Sect. 2. Cap. 3. §. 43. Carrachs adnotationes ad Boehmeri doctrinam de actionibus pag. 184.

4) THOMASII Diſſ. de legitima viventis Cap. 2. §. 3. Cap. 3. §. 26. von Pufendorfs Obſervat. iuris univerſi Tom. III. Obſ. 23. §. 4. Strubens rechtliche Bedenken V. Th. 125. Bed. G. L. Böhmers Diſſ. de Querela inofficioſae donationis fratrum §. 15. in Elect. Tom. I. Ebend. auserleſene Rechtsfälle I. B. S. 706.

5) Schmidts Lehrbuch von gerichtlichen Klagen und Einreden §. 557. not. 1.

6) v. Pufendorf O. J. V. Tom. II. Obſ. 173. §. 2.

7) VOETII Comment. in Pandect. Lib. 39. Tit. 5. §. 40. Strycks Uſus modernus Pandect. Lib. 39. Tit. 6. §. 4. Höpfners Commentar über die Inſtitutionen §. 412. not. 2.

8) FACHINEI Controverſ. iur. Lib. 4. Cap. 11. Brunnemanns Comment. in Pand. Lib. 5. Tit. 2. ad L. 13. de inoff. teſtam. Strubens rechtl. Bed. I. Th. Bed. 87.

§. 7.

Allein diese Gründe, so scheinbar sie auch sind, werden durch folgende überwogen. Justinians Verordnungen, daß Eltern ihre Kinder und diese ihre Eltern nicht übergehen sollen, welche Präterition der Eltern die Wirkung der Enterbung hat [1]), handeln von Testamenten, nicht aber von Schenkungen. Dieses beweißt selbst das Cap. 4. der 115. Nov., indem auf die oben angeführte Stelle sofort die Worte folgen: nisi cauſſas, quas enumeravimus, in teſtamentis ſuis ſpecialiter nominaverint. Zwischen einer Schenkung des gesammten Vermögens auf den Todesfall und einem Testament bleibt, der Aehnlichkeit ungeachtet, immer ein großer Unterschied. Daher lassen sich die gesetzlichen Vorschriften von pflichtwidrigen Testamenten, worin Notherben übergangen sind, nicht schlechthin auf Schenkungen anwenden. Eine Schenkung, wenn sie auch über das gesammte Vermögen gemacht wird, ist immer nur ein titulus ſingularis und nicht univerſalis, und ein solcher Donatar kann nicht als ein Erbe betrachtet [2]), noch von ihm mit Rechtsbestand gesagt werden, daß er die Verlassenschaft pro haerede besitze, und die Erbschaftsklage gegen ihn angestellt werden könne [3]). Hauptsächlich kommt in Betrachtung, daß in einer Schenkung auf den Todesfall so wenig, als in einem Codicill, eine Erbseinsetzung oder Enterbung geschehen kann [4]), indem zur Gültigkeit einer solchen Schenkung nach gemeinen Rechten

weder

weder Einsetzung, noch Enterbung der Notherben erfordert wird [5]).

1) Steins Versuch einer Abhandlung über die Lehre des römischen Rechts von pflichtwidrigen Testamenten §. 11.

2) Carpzovs iurispr. forens. P. 2. Const. 12. Def. 28.

3) Menckens introductio in doctrinam de actionibus forensibus Sect. 3. Cap. 2. membr. 1. §. 5. und daselbst Madihn not. 114.

4) Walchs introductio in controversias iuris civil. Sect. 2. Cap. 4. Membr. 4. §. 3.

5) von Lynckers Decis. Cent. 15. Dec. 1402.

§. 8.

Hiernächst findet die Querela inofficiosae donationis nur bey pflichtwidrigen Schenkungen unter den Lebendigen Statt, als von welchen nur allein der Titel des Codex handelt [1]). Hingegen haben die Notherben bey Schenkungen auf den Todesfall ein anderes Rechtsmittel [2]). Dieses besteht aber blos darin, daß sie die Falcidiam, oder, weil der Pflichttheil mehr als diese beträgt, statt derselben diesen abziehen dürfen [3]). Der Pflichttheil ist ohnehin in jeder Disposition über das gesammte Vermögen für stillschschweigend ausgenommen und vorbehalten zu achten [4]). Mit diesem Pflichttheil hätte sich der Notherbe begnügen müssen, wenn er darin zum Erben in einem förmlichen Testament eingesetzt worden wäre, indem er nicht mehr als diesen

sen fordern kann [5]), und wenn er solchen erhält, sich über eine Verletzung zu beschweren, keine Ursache hat [6]).

1) Perez praelect. in Cod. Lib. 3. Tit. 29. num. 3. Schmidts Lehrbuch von gerichtlichen Klagen und Einreden §. 554. Glücks Erläuterung der Pandecten VII. Th. 1ste Abth. S. 197. u. f.

2) L. 5. 10. 11. C. ad Leg. Falcid.

3) Fabers Codex definitionum forens. Lib. 8. Tit. 39. Def. 6.

4) Carpzovs iurispr. for. P. 3. Const. 1. Def. 7. num. 3. Zieglers diss. de mortis caussa donatario omnium bonorum duplicis portionis deductione a haeredibus necessariis non onerando §. 10.

5) Nov. 18. Cap. 1.

6) Strycks diss. de clausula codicillari num. 81.

§. 9.

Wenn man aber auch zugeben wollte, daß die Querela inofficiosae donationis auf pflichtwidrige Schenkungen auf den Todesfall anwendbar sey, so kann doch nach der richtigern Meinung selbst eine lieblose Schenkung unter Lebendigen nur in Ansehung des Pflichttheils rescindirt werden. Ganz entscheidend rescribiren die Kaiser Valerian und Galienus [1]): arbitri familiae erciscundae officio congruit, ut tibi, *quartam partem debitae ab intestato portionis* praestet incolumem; und Diocletian und Maximian [2]): quod donatum est, *pro ratione*

quartae ad instar inofficiosi testamenti diminuetur [3]). Der Meinung, daß eine inofficiose Schenkung unter den Lebendigen nicht ganz, sondern nur in Ansehung des Pflichttheils umgestoßen werden könne, sind auch sehr viele berühmte Rechtslehrer zugethan [4]). Es hindert nichts, daß die Querela inofficiosae donationis in den Rechten mit der Querela inofficiosi testamenti verglichen wird, indem dieses nur gewissermaßen, besonders in Ansehung des Grundes der Klage, der Personen, welche beyde Klagen anstellen können und der Verjährungszeit zu verstehen ist [5]). Hieraus folgt nicht, daß auch die nämliche Bitte, wie bey der letzten Querel eintreten müsse. Da nun in beyden Fällen, es mag die Schenkung des gesammten Vermögens unter den Lebendigen oder auf den Todesfall gemacht worden seyn, doch immer nur der Pflichttheil gefordert werden kann, so ist es im Grunde einerley, ob der Notherbe der befragten Querel, oder des bey Schenkungen auf den Todesfall besonders vorgeschriebenen Rechtsmittels sich bedienen will [6]).

1) L. 2. C. de inoffic. donat.

2) L. 8. pr. ibid.

3) Diese und andere hieher gehörigen Texte sind in dem angeführten Theil des Glückischen Commentars S. 161. u. f. vollständig u. hinlänglich erläutert. Vergl. auch Westphals Theorie des römischen Rechts von Testamenten §. 418. u. f.

4) CUIACII Observ. Lib. V. Cap. 14. DONELLI Commentar. de iure civili. Lib. XIX. Cap. 11. VINNII Select. iur. Quaest.

Quaest. Lib. II. Cap. 33. VOETII Comment. ad Pand. Lib. XXXIX. Tit. 5. num. 37. Wissenbachs Exercit. ad Pand. Disp. XVI. num. 21. HERTII Resp. et Consil. Tom. II. Dec. 555. num. 1. Beyers delineatio iuris civilis secundum Pand. Lib. XXXIX. Tit. 5. §. 13. v. Bergers Oeconomia iuris Lib. II. Tit. 4. Th. 55. not. 4. v. Wernhers Select. Observ. forens. Tom. I. P. 4. Obs. 190. de COCCEJI Ius civile controversum Lib. 39. Tit. 5. Qu. 9. §. 9. Walchs introductio in controversias iuris civilis Sect. 3. Cap. 3. Membr. 1. §. 16. Noch mehrere sind angeführt in Glücks Commentar S. 161.

5) Hellfelds iurisprudentia forensis §. 1703. not. i.

6) Bachovs animadversiones ad Treutl. Vol. II. P. 2. Disp. 19. pag. 154.

§. 10.

Die gemeinen sächsischen Rechte weichen in dieser Materie von dem römischen Rechte nicht ab. Sie erfordern eben so wenig, wie diese, die Einsetzung oder Enterbung des Notherbens zur Gültigkeit einer Schenkung des gesammten Vermögens auf den Todesfall. Sie erkennen vielmehr eine solche Schenkung für gültig, wenn nur dem Notherben sein Pflichttheil unverletzt bleibt [1]). Nur in Chursachsen ist eine Schenkung des sämmtlichen Vermögens ungültig, wenn dem Notherben der Pflichttheil nicht hinterlassen worden ist [2]).

1) Zieglers a. Diss. §. 16.

2) Carpzovs Iur. for. P. 3. Const. 1. Def. 8. 9.

§. 11.

Wenn also eine über das gesammte Vermögen gemachte Schenkung auf den Todesfall für sich selbst gilt, und der übergangene Notherbe sich damit begnügen muß, daß er den Pflichttheil bekommt, so kommt auf die angehängte Codicillarclausel nichts an. Von einem Abzug der Trebellianischen Quart kann schon darum keine Frage seyn, weil die Gültigkeit der Schenkung nicht von dieser Clausel abhängt, und also der Fall nicht eintritt, daß man ein Fideicommiß anzunehmen nöthig hätte. Hierzu kommt noch der wichtige Grund, daß die Verordnungen des canonischen Rechts [1]) vom doppelten Abzug des Pflichttheils und der Trebellianicae auf Schenkungen von Todeswegen nicht anwendbar sind [2]).

1) Cap. 16. 18. X. de testament.

2) Glück a. a. O. S. 181.

XLI.

Fürstliche Personen können nicht verweigern, den ihnen zugeschobenen Haupteid und den Diffessionseid in eigener Person zu schwören, wenn es der Gegentheil verlangt.

---

§. 1.

Ein regierender Fürst war mit seinem gewesenen Oberstallmeister in einen weitläuftigen Proceß verwickelt. Der Beklagte deferirte ihm über verschiedene Puncte den Eid, und producirte einige Urkunden, welche der fürstliche Anwald, mit Erbieten zu dem Diffessionseide, abläugnete. Nun verlangte der Beklagte, daß der Herr Fürst diesen Eid sowohl als den Haupteid in eigener Person und nicht durch seinen Bevollmächtigten abschwören sollte. Die Juristenfakultät zu Erfurt ließ in Ansehung des Diffessionseides dem Herrn Fürsten die Wahl, ob er solchen in Person, oder durch einen Specialbevollmächtigten leisten wolle, hingegen sollte er den deferirten Eid selbst schwören. Der fürstliche Anwald fand es auffallend, warum sein Herr Principal den deferirten Haupteid nicht eben so gut, als den Diffessionseid durch einen Specialbevollmächtigten soll schwören können. Er wandte daher gegen dieses Urtheil die Läuterung ein und behauptete, daß Reichsfürsten, besonders aus altfürstlichen Häusern, von der

Leistung des Eides in Person befreyet wären. Die Fakultät zu Frankfurt änderte das Urtheil dahin ab, daß auch der deferirte Eid von dem fürstlichen Bevollmächtigten in die Seele seines Herrn Principals abgeleistet werden könne. Nachdem nunmehr der Beklagte sich der Oberläuterung bediente, so wurde im December 1801 hier erkannt, daß weder der Diffessionseid, noch der über die Artikel deferirte Eid von dem fürstlichen Anwald in die Seele seines Principals abgeleistet werden könne, sondern desselben durchlauchtigster Herr Principal beyde Eide in eigener Person zu leisten gehalten sey.

§. 2.

Es leidet an sich keinen Zweifel, daß ein zugeschobener Eid durch einen Specialbevollmächtigten geleistet werden könne [1]), wenn der Gegentheil damit zufrieden ist [2]). Mehrere Rechtsgelehrte sind aber der Meinung, daß fürstliche Personen in ihren Rechtsstreitigkeiten, besonders wenn sie mit ihren Bedienten und Unterthanen zu thun haben, den ihnen zuerkannten Eid persönlich abzulegen nicht schuldig wären, sondern solchen, auch wider Willen des Gegentheils, durch einen mit einer besondern Vollmacht versehenen Anwald zu leisten die Befugniß hätten [3]). Man bezieht sich deshalb auf einige Reichsgesetze [4]) und die Observanz der höchsten Reichsgerichte. Man schließt analogisch von Thronbelehnungen, bey welchen die

Eides-

Eidesleistungen durch besonders dazu Bevollmächtigte, ohne Anstand zugelassen werden [5]). Es soll auch nichts hindern, daß Fürsten in Privatsachen an die Privatrechte gebunden sind, indem doch in Fällen, wo es auf persönliche Vorzüge ankommt, ein Unterschied zwischen einem Fürsten und einer gemeinen Privatperson beobachtet werden müsse. In den Acten wurden noch besonders die alten sächsischen Rechte angeführt, welche den Fürsten erlauben, durch einen Procurator zu schwören [6]).

1) MEVIUS Decis. P. VII. Dec. 382. 383. Estors Anfangsgründe des gemeinen und Reichs-Proceßes §. 508. not. 1.

2) v. Leyßers Meditat. ad Pand. Vol. III. Spec. 143. med. 1. Knorrens Anleitung zum gerichtlichen Proceß I. B. 13. Hauptst. §. 20.

3) Pütters Erörterungen und Beyspiele des teutschen Staats- und Fürstenrechts I. Bd. Num. 10. S. 457. u. f. Claproths Einleitung in den ordentlichen bürgerlichen Proceß §. 332. Malblancs doctrina de iureiurando §. 94. Püttmanns progr. de iureiurando vicario pag. 10. 11. Hofmanns teutsche Reichs-Praxis I. Th. §. 640.

4) R. Absch. vom J. 1521. Tit. 7. §. 10. Cammerger. Ordn. vom J. 1515. II. Th. Tit. 10. §. 5. Conc. der K. G. O. 2. Th. Tit. 11. §. 8. 3. Th. Tit. 58. §. 15. R. Absch. vom J. 1555. §. 58. R. Absch. vom J. 1654. §. 43. 117.

5) Struvs Syntagma iuris civilis Exerc. XVII. §. 17. u. das. Müller not. y. Seyfarts teutscher R. Proceß I. Bd. Kap. 15. §. 41.

6) Sächsisches Landrecht 2. B. 42. Art. Schilters praxis iuris romani in foro germanico Exerc. 23. §. 31. RIVINI Diss. de iureiurando in alterius animam §. 26.

§. 3.

Allein in Teutschland müssen auch fürstliche Personen in ihren Privatangelegenheiten sich nach den gemeinen im Reiche eingeführten fremden Rechten richten lassen, in sofern nicht in den Reichsgesetzen, deren Analogie, oder durch das Herkommen, Verträge und Privilegien ein anders eingeführt ist [1]). Selbst bey Erörterung streitiger Staatsrechtsfragen wird der Proceß, wenn keine nähere Bestimmungen vorhanden sind, aus den fremden Rechten hergenommen [2]). Nun muß aber nach gemeinen Rechten ein jeder Eid von derjenigen Parthey in Person abgeschworen werden, welcher er zugeschoben oder auferlegt worden ist, wenn sie nicht abwesend ist, und ihr der Eid durch einen requirirten fremden Richter nicht abgenommen werden kann. Kein Sachwalter wird ohne des Gegentheils Einwilligung zugelassen, wenn er gleich zur Eidesleistung besonders bevollmächtiget ist, es wäre denn, daß dem Procurator selbst der Eid zugeschoben worden wäre [3]). Nur bey dem Eide für Gefährde erlaubt das canonische Recht [4]), daß solcher durch einen mit einer Specialvollmacht versehenen Anwald abgelegt werden darf, welches auch auf andere accessorische, die Hauptsache nicht betreffende Eide gezogen zu werden pflegt.

1) Püt-

1) Pütters primae lineae iuris privati principum speciatim Germaniae §. 2. von Selchow elementa iuris publici hodierni Tom. II. §. 481.

2) Schnaubert's Beyträge zum teutsch. Staats- und Kirchenrecht II. Th. Num. 2. §. 12. Gönner's t. Staatsrecht §. 23.

3) L. 12. §. 4. C. de reb. cred. et iureiur. Nov. 124. Cap. I. Glück's Erläuterung d. Pandecten V. Th. 1. Abth. §. 397. von Pufendorf Observ. iur. universi Tom. II. Obs. 123. §. 1.

4) Cap. 7. X. de iuram. calumniae. Cap. 3. de iur. cal. in 6. Böhmers Ius eccl. Protest. T. I. Lib. 2. Tit. 7. §. 5. 6. G. L. Böhmers principia iur. canon. §. 727.

§. 4.

Eben so ist unstreitigen Rechtens, daß ein jeder Proceß nach den Proceßordnungen des Landes, wo er anhängig ist, geführt und beurtheilt werden muß, und davon kann kein Kläger, er mag seyn, wer er will, eine Ausnahme machen [1]). Die Proceßordnung des Landes, woselbst der Proceß geführt worden, läßt es wegen der deferirten Eide bey dem bewenden, was in den sächsischen Rechten deshalb klar versehen ist. Nun ist aber in Sachsen der ältere Gebrauch, daß ein Eid durch einen Bevollmächtigten abgelegt werden konnte, abgeschaft, und der allgemeine Grundsatz aufgestellt worden, daß jeder Eid von dem Principal selbst geleistet werden soll, wenn es auch eine persona illustris wäre,

nicht aber von einem Procurator, es sey denn mit Einwilligung des Gegentheils [2]).

1) RICCII Entwurf von Stadtgesetzen 2. B. 15. Hauptst. §. 17.

2) Carpzovs processus iuris in foro Saxonico Tit. XI. Art. 2. §. 3. Oldekovs Diss. de iureiurando in alterius animam pag. 9. von Lynkers Diss. de iuramento mandatarii in animam principalis Cap 2. th. 9. von Wernhers sel. Obs. for. Tom. II. P. 6. Obs. 465. Schaumburgs principia praxeos iuridicae iudiciariae Lib. I. Sect. 1. Membr. 3. Cap. 5. §. 19. u. not. **. von Winkler ad doctrinam de iureiurando flores sparsi Observ. 8. pag. 35. Strycks tract. de cautelis iuramentorum P. 2. Sect. 1. Cap. 4. num. 323. sqq.

§. 5.

So viel nun die Reichsgesetze betrift, so kommen in solchen nur einzelne Fälle vor, in welchen die Fürsten von der persönlichen Eidesableistung befreyt seyn sollen, die aber alle von dem Haupteid im Proceß ganz verschieden sind. In der Ordnung des Landfriedens zu Worms vom Jahr 1521 handelt der Tit. VII. von solchen, die verdächtig sind, einen Landfriedensbrecher heimlichen Zuschub gethan zu haben. Es ist von dem deshalb abzulegenden Reinigungseide die Frage, und da steht am Ende des §. 10. „Wäre aber der Verdacht, ein Churfürst oder Fürst, der möcht solchen Eid vor dem Richter, durch deshalb seinen vollmächtigen Anwald, der zum wenigsten einer von Adel seyn soll, in seine

Seel

Seel schwören lassen. Das nämliche ist in der K. G. O. vom J. 1555. II. Th. Tit. 10. §. 5. und in dem Conc. der K. G. O. 2. Th. 11. Tit. §. 8. verordnet. Der Reichsabschied zu Augsburg vom J. 1558. §. 58. woselbst es heißt, daß die, so fürstlichen Standes oder Wesens sind, bey Versprechung und Zusage ihrer fürstlichen Würden und wahren Worten gelassen werden sollen, spricht von Kreißobristen. Die Stelle in dem Conc. der K. G. O. 3. Th. 38. Tit. §. 15. wo steht, daß das iuramentum calumniae, auf der Partheyen oder ihrer eines Begehren, unangesehen, obgleich solcher Eid in erster Instanz auch geschehen, geschworen werden soll, beweißt gar nichts. Der §. 43. des Reichsabschiedes vom J. 1654 verordnet nur so viel, daß die Partheyen und ihre Advocaten und Procuratoren den Eid für Gefährde entweder in Person oder durch einen Specialbevollmächtigten abschwören dürfen, und befreyet von diesem Eide der Churfürsten und Stände verpflichtete wirkliche Räthe, so viel ihrer Herren Rechtfertigungssachen betrift. Der §. 117. aber enthält, daß in Fällen, da die privilegia, bey Appellationen das iuramentum calumniae erfordern, selbiges allezeit vor dem Untergericht von Appellirenden in der Person, oder wenn Grafen und Freyherren interessirt, durch Procuratores abgelegt werden soll. Hingegen ist kein Reichsgesetz vorhanden, welches fürstlichen Personen gestattet, in ihren Rechtsstreitigkeiten die ihnen deferirten Eide, ohne Einwilligung ihres

Geg-

Gegners, durch einen Bevollmächtigten ablegen zu dürfen [1]), sondern sie lassen es, was die Eideszuschiebung betrift, bey den gemeinen Rechten bewenden [2]).

1) Struck in Usu moderno Pand. Lib. 12. Tit. 2. §. 27. schreibt: purgatorium iuramentum principes et status imperii per Procuratores praestare possunt. De ipso autem iuramento iudiciali a parte delato, quod hac invita per Procuratorem praestari possit, nihil dispositum reperimus, ideoque in hoc standum dispositioni iuris civilis.

2) Pütters introductio in rem iudiciariam Imperii §. 233.

§. 6.

Aber auch die übrigen Gründe sind von keiner Bedeutung. Zugegeben, daß bey den höchsten Reichsgerichten, der Observanz gemäß, deferirte Eide durch einen Anwald abgeschworen werden können [1]), so folgt daraus nicht, daß in reichsständischen Gerichten das nämliche geschehen muß, am wenigsten in einem Lande, dessen Proceßordnung das Gegentheil vorschreibt. Moser [2]) führt indessen, was den Reichshofrath betrift, ein Decret vom 26. Febr. 1714 an, nach welchem alle Eide, wenn die Partheyen am kaiserlichen Hofe anwesend sind, von denselben in Person abgelegt werden sollen, wiewohl zuweilen die Partheyen auf ihr Ansuchen, Dispensation den Eid per procuratorem schwören zu dürfen, erhielten, zumal wenn es keine Lehenseide sind. Der Unterschied zwischen einem Leheneide und dem Eide, den eine Parthey der andern im Proceß zu-

zuschiebt, ist zu einleuchtend, als daß sich von jenem auf diesen schließen ließe. Der Vorzug, den vornehme Personen haben, wenn sie schwören sollen, besteht blos darin, daß sie den Eid nicht öffentlich vor Gericht, sondern in ihrer Wohnung leisten. So weit kann aber der Vorzug nicht ausgedehnt werden, daß einem Dritten sein aus den Gesetzen erworbenes Recht entzogen werden kann [3]).

1) Tafingers institutiones iurisprud. cameralis Sect. IV. Tit. 1. §. 822. von Bergs Grundriß der reichsgerichtlichen Verfassung und Praxis §. 219.

2) in den Grundsätzen der Reichshofraths-Praxis 6. B. 13. Kap. §. 25. 26.

3) Estors Anfangsgründe des gemeinen und Reichs-Processes §. 510.

§. 7.

Endlich ist zwischen dem deferirten und dem Diffessionseid kein Unterschied zu machen. Letzterer ist bald eine Art des zugeschobenen, bald des nothwendigen Eides [1]). Er muß also auch von der Parthey selbst, wenn der Gegner keinen Procurator zulassen will, geschworen werden [2]).

1) Grolmanns Theorie des gerichtlichen Verfahrens in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten §. 94.

2) MEVIUS Decis. P. 6. Dec. 20. num. 6.

XLII.

Rechtliches Gutachten

über die Gültigkeit einer von einem Sterbenden auf lauter Fragen, welche ein Dritter an ihn gestellet hatte, gegen dessen Absicht errichteten Disposition.

---

§. 1.

Geschichtserzählung.

Der verstorbene Freyherr, Herr G. A. von Sp. errichtete auf seinem reichsunmittelbaren Rittergute S. am 19. September 1794 kurz vor seinem Tode eine so betitelte

„väterliche Disposition."

Als gegenwärtig werden in dem Eingange derselben genannt:

„die Frau Gemahlin des Erblassers und seine beyden Aerzte."

Es waren aber ausser diesen noch verschiedene andere Personen zur Zeit der Errichtung dieser Disposition bey dem Erblasser; nämlich der Oberamtmann Herr C. von F., ferner der Pfarrer T. W. und der Chirurg B.

§. 2.

In dieser Disposition ist folgende Verordnung wörtlich enthalten:

„Der jüngste Sohn Carl soll Gutsbesitzer seyn."

„Apanage soll ein jeder Sohn des Jahrs 300 fl. haben, wenn sie majorenn sind. Die Töchter anbelangend, bleibt es bey der ritterschaftlichen Gewohnheit, jeder 3000 fl."

„Sind die Töchter präbendirt, so soll Eine 150 fl. haben, so sie aber nicht präbendirt sind, sollen sie von der Masse erhalten werden."

„Denen zwey Doctoribus 10 Louisd'or."

„Seiner Frau 100 Ducaten gleich zu bezahlen."

„Für die Dienstboten halben Jahreslohn, wie gewöhnlich."

Unterschrieben ist

„G. A. Freyherr von Sp."

Unmittelbar nach der Unterschrift des Disponenten haben die im Eingange der Disposition benannten beyden Doctoren noch Folgendes eigenhändig attestirt:

„Daß obstehendes bey vollkommener Gegenwart des Geistes und Verstand gegeben worden sey,

Testatur A., Stadtphysicus zu E.

Testatur Dr. H., Stadtphysicus zu R."

§. 3.

§. 3.

In Absicht auf die Art, wie eben gedachte Dispo-sition errichtet worden ist, ergiebt sich aus den mir mitgetheilten Anlagen sub litt. A. B. C. D. E. und F., welche die eigenen Aussagen der bey der Errichtung gegenwärtig gewesenen Personen enthalten, Folgendes.

1) Die hinterbliebene Gemahlin des Verstorbe-nen giebt an: der Verstorbene wäre gefragt worden: ob er ein Testament machen wolle. Er habe aber ge-antwortet:

„es wäre zu spät, und seye er auch wirklich ausser Stand."

Zum Unterschreiben soll er keine eigene Kräfte mehr genug gehabt haben. Es habe ihm geholfen werden müssen. Ob er im Geist gegenwärtig ge-wesen, bezweifle sie sehr.

Insonderheit aber bezeugt 2) der Pfarrer T. W.: daß sich der Verstorbene durchaus zum Testiren nicht habe verstehen wollen, indem er gesagt:

„Er wäre es nicht mehr vermögend."

Auch habe er sich geweigert, das verfertigte Testament zu unterschreiben, mit dem Ausdruck:

„Ich kann nicht mehr schreiben."

Er habe es aber doch gethan, aber mit schon halb er-kalteter und zitternder Hand, wie es seine Unterschrift beweise, und mit schon halb erloschenen Augen. Denn

nach

nach der Unterzeichnung habe er kaum mehr 5 Minuten gelebt, Von diesem Wenigen wäre er Augen- und Ohrenzeuge gewesen, aber dieses getraue er sich auch mit einem Eide zu bestätigen.

Noch ausführlicher hat sich 3) der Oberamtmann C. von F. zu W. über die Errichtung des Testaments geäussert; nämlich: Der Verstorbene sey zwar zu der Zeit, als er disponirte, schwach gewesen; ob aber so schwach, daß er ausser Stand war, zu disponiren, könne er nicht beurtheilen, wohl aber die dabey gewesenen zwey Herren Doctoren. Der Verstorbene habe seinen Namen selbst, id est, eigenhändig unterschrieben, weil er aber schwach gewesen, so habe er (nämlich Zeuge) seine rechte Hand unter den rechten Arm des Testirers gelegt. Denn derselbe sey auf dem Bette gesessen. Würde er am Tische gesessen seyn, so würde er seinen Arm auf denselben gelegt haben, und hiemit nicht nothwendig gewesen seyn, daß er ihm seine Hand untergelegt habe. Daß eine Art Falschheit oder Betrug bey der Disposition des Erblassers mit untergelauffen seyn könnte oder sollte; davon würde Niemand von den Personen etwas wissen, welche bey der Errichtung der Disposition gegenwärtig gewesen; sondern er habe bloß den letzten Willen des Verstorbenen auf einen halben Bogen Papier aufnotirt, welchen der Verstorbene am Ende unterschrieben habe.

Besonders ergeben sich aus der Disposition dieses Zeugen folgende merkwürdige Resultate:

1) Es sey nicht der eigene Gedanke des Verstorbenen gewesen, ein Testament zu machen. Der Verstorbene habe zu ihm kein Wort gesagt, weder von einem Testamente, noch von einer väterlichen Disposition.

2) Es habe Niemand dem Verstorbenen Vorschläge gemacht, was in das Testament solle geschrieben werden; wohl aber habe er Fragen an ihn gestellt, und seine Antworten hierauf habe er, um selbige nicht zu vergessen, schleunig zu Papier gebracht, weil sich der Gefahr und Schwäche wegen nicht säumen lassen.

3) Ob dem Verstorbenen das Testament, wie es geschrieben war, wieder vorgelesen worden, oder ob der Verstorbene es selbst gelesen, und also gewußt, was in demselben steht, ehe er es unterschrieben hat, könne er sich nicht entsinnen, jedoch glaube er an dem einen wie an dem andern einen nicht ganz ungegründeten Zweifel zu haben; indem der Verstorbene, das Geschriebene selbst zu lesen, wahrscheinlich schon zu schwach gewesen wäre, und ihm solches noch vor seiner Unterschrift vorgelesen zu haben, könne er sich mit Gewißheit nicht entsinnen, also auch nicht behaupten.

4) Auf

4) Auf die von ihm an den Verstorbenen gestellte Frage, ob er nichts zu testiren oder zu disponiren habe, oder wolle, habe der Verstorbene gesagt:

„itzt ist es schon zu spät, ich habe für meine Seele zu sorgen.“

dieses könne er behaupten. Der andern zwey Aeusserungen aber

„er wäre es nicht mehr vermögend“

und

„ich kann nicht mehr schreiben“

entsinne er sich nicht, und könne daher auch nicht behaupten, dieselbe aus dem Munde des Verstorbenen gehört zu haben.

5) Wie lange der Verstorbene nach der Unterschrift noch gelebt habe, könne er auf die Minuten nicht bestimmen, sondern nur soviel behaupten, daß seine Augen damals schon gläserig, wie gewöhnlich bey einem Sterbenden, und er selbst äusserst schwach gewesen, wie es seine Unterschrift zeigen werde, auch nachher schwerlich mehr, um das entfernteste Ziel zu setzen, eine Stunde gelebt habe.

Endlich giebt noch 4) der bey der Errichtung der Disposition ebenfalls gegenwärtig gewesene Chirurgus B. folgenden Aufschluß:

1) Der Herr C. von F., welcher die Testamentspuncte aufgesetzt, habe jederzeit die Frage an

den Verstorbenen gestellt, was ihm über diesen oder jenen Punct zu verfügen belieben wolle.

2) Das Testament sey dem Verstorbenen vor der Unterschrift weder vorgelesen worden, noch habe er es selbst gelesen. Jedoch habe

3) der Verstorbene, seiner damaligen großen körperlichen Schwäche ungeachtet, vollkommene Gegenwart des Geistes und Verstandes gehabt.

4) Ob der Verstorbene freywillig testirt habe, darüber sey er zwar nicht vermögend ein Zeugniß abzulegen, weil er bey der Einleitung des Testaments nicht gegenwärtig gewesen; allein, daß der Verstorbene, als ihm das Testament zum Unterschreiben dargereicht wurde, gesagt habe, ich kann nicht mehr schreiben, könne er behaupten.

§. 4.

Ob nun gleich über die Gültigkeit der Eingangs gedachten väterlichen Disposition des verstorbenen Freyherrn von Sp. schon im Namen der hiesigen Juristen-Fakultät ein rechtliches Gutachten ertheilt worden ist, nach dessen Inhalt die Meinung der hiesigen Juristen-Fakultät dahin gieng:

„daß die in Frage stehende väterliche Disposition für gültig nicht zu achten sey, und daher von dem ältesten Sohn des Testirers mit Grund angefochten und umgestossen werden könne;"

so ward dennoch, um hierin desto sicherer zu gehen, über die in den mir abschriftlich mitgetheilten Anlagen sub litt. A. B. C. D. E. F. enthaltenen neuern Data von mir ein rechtliches Gutachten verlangt:

Ob nämlich nicht diese Data allein schon hinreichen, wenn sie die volle Gesetzlichkeit erreichen, die in Frage stehende väterliche Disposition umzustossen?

§. 5.

Bestimmung der hier zu erörternden Fragen.

Es entstehen hier folgende Fragen:

I. Hatte der Verstorbene noch die zur Errichtung eines Testaments erforderliche Geisteskräfte zu der Zeit, als die in Frage stehende Disposition errichtet wurde?

II. Ist diese Disposition mit Freyheit des Willens gemacht worden?

III. Ist vollkommene Gewißheit des letzten Willens vorhanden?

IV. Liegen nicht selbst in dem Inhalt der Disposition rechtliche Gründe, die Gültigkeit derselben zu bestreiten?

§. 6.

Beantwortung der ersten Frage.

In Absicht auf die erste Frage ist nun zwar nicht zu läugnen, daß nach gemeinen Rechten auch ein

Sterbender noch mit ſtammlender Stimme ſein Teſtament machen könne. Nec enim neceſſaria ſunt momenta verborum, quae forte ſeminecis balbutiens lingua profudit, ſagt

L. 15. Cod. de teſtam.

wenn er nur noch ſeinen Verſtand hat, und ſich deutlich zu erklären im Stande iſt. In eo enim, qui teſtatur, eius temporis, quo teſtamentum facit, integritas mentis, non corporis ſanitas exigenda.

L. 2. D. Qui teſtamenta fac. poſſ.

L. 3. C. eodem.

Nun aber wird nicht nur aus beſonderer Begünſtigung der Teſtamente im zweifelhaften Falle vermuthet, daß ein Sterbender noch bey völliger Vernunft ſey, ſolange nicht das Gegentheil erwieſen iſt.

L. 17. D. Qui teſtam. fac. poſſ.

MANTICA de conjectur. ultimar. voluntat. Lib. II. Tit. 6. nr. 3. ſqq.

KLEIN Diſſ. de teſtatore cauto. Roſt. 1699. Cap. I. nr. 59.

HELLFELD Iurisprud. for. Tom. II. §. 1404. in fine.

ſondern es bezeugen auch in dem gegenwärtigen Falle ſowohl die beyden Aerzte, welche das Teſtament unterſchrieben haben, als auch der Chirurgus B.

laut der Anlage ſub Lit. F.

daß der Verſtorbene ſeiner großen körperlichen Schwäche unge-

ungeachtet, vollkommene Gegenwart des Geistes und Verstandes gehabt habe.

§. 7.

Allein da die Gesetze selbst anerkennen, daß ein Sterbender, dessen Gemüth von dem Gedanken an den herannahenden Tod bestürmt wird, viele und wichtige Sachen ausser sich mit genugsamer Ueberlegung zu fassen und zu ordnen nicht mehr vermöge;

L. 8. C. Qui testam. fac. poss.

wo es heißt: cum humana fragilitas mortis praecipue cogitatione perturbata, minus memoria possit res plures consequi: und daher solche Testamente, welche in der Todesstunde gemacht worden, schon an sich vielen Bedenklichkeiten und Zweifeln unterworffen sind;

Höpfners Commentar über die Heineccischen Institutionen §. 467. Not. 1.

MÜLLER ad Leyserum Tom. 3. Fasc. 2. Obs. 622.

so wird, um vollkommen überzeugt zu seyn, daß der Sterbende freywillig und mit genugsamer Ueberzeugung testirt habe, nothwendig erfordert, daß der Sterbende den Willen und die Absicht, ein Testament zu machen, selbst freywillig geäussert, und besonders dadurch deutlich zu erkennen gegeben habe, daß er die dazu erforderliche Anstalten selbst angeordnet, auch wohl, um nichts zu vergessen, die Hauptpuncte seiner letzten

Willensverordnung aufgesetzt, oder einem Freunde zuvor mündlich oder schriftlich mitgetheilt habe.

L. 39. §. 1. D. de legat. 3.
L. 8. C. Qui testam. fac. poss.
BERLICH Conclus. pract. P. 3. Concluſ. VI. nr. 25.
CARPZOV Iurispr. for. P. 3. Constit. V. definit. 4.
MÜLLER ad Struvium Tom. II. Exercit. XXXII. Th. 6. lit. η. pag. 634.
MANZIUS de testamento valido vel invalido. Tit. 2. §. 14.

Alle diese Rechtsgelehrten schreiben fast mit denselbigen Worten: ad hoc, ut testamentum moribundi valeat, requiritur, ut is non solum intelligibiliter et articulate loquatur, sed etiam ut ipse voluntatem et animum testandi habeat, id quod exinde colligitur, si vel Notarium vel alium quempiam ea de causa ad se vocatum rogaverit, ut ille voluntatem suam testibus proponat.

§. 8.

Nun erhellet aber aus der Geschichtserzählung,

1) daß der verstorbene Freyherr von Sp. an die Errichtung eines Testaments oder einer sogenannten väterlichen Disposition gar nicht gedacht, noch weniger ein Wort davon gesagt hatte, daß er den Willen und die Absicht habe, ein Testament

oder väterliche Disposition noch vor seinem Ableben zu errichten; vielmehr

2) als er von dem Oberamtmann Herrn C. von F. war befragt worden:

„ob er nichts zu testiren oder zu disponiren habe, oder disponiren wolle,"

demselben geantwortet habe:

„jetzt ist es schon zu spät, ich habe für meine Seele zu sorgen."

Ja wie wenig sich der Verstorbene die zu Errichtung einer letzten Willensverordnung erforderliche Geisteskraft und Ueberlegung selbst zugetrauet habe, ergiebt sich

3) aus dem eigenem Geständniß des Verstorbenen, welcher nach der Aussage des Pfarrers Th. W. selbst gesagt hat:

„er wäre es nicht mehr vermögend"

und sich daher auch zum Testiren durchaus nicht hat verstehen wollen. Wie wenig ferner

4) dem Verstorbenen auch wirklich Zeit zur Ueberlegung einer solchen Disposition, an die er vorher gar nicht gedacht hatte, übrig gewesen, ist daraus ersichtlich, daß er nach geschehener Unterzeichnung, welche mit schon halb erkalteter und zitternder Hand, und schon halb erloschenen Augen geschahe, kaum mehr 5 Minuten gelebt hat. Gesetzt nun also auch

5) der Verstorbene habe nach dem Zeugniß seiner Aerzte noch zu der Zeit den Gebrauch seines Verstandes gehabt, als die in Frage stehende väterliche Disposition errichtet wurde, so fehlte es ihm doch nach seinem eigenen Geständniß an derjenigen Geistesgegenwart und Ueberlegung, welche zur gültigen Errichtung eines Testaments erfordert wird; wie solches auch

6) nicht nur die große Eilfertigkeit beweißt, mit welcher diese Disposition nach der eigenen Aussage des Oberamtmanns von F., der nach der Geschichtserzählung die Testamentspuncte niedergeschrieben hat, errichtet worden ist, sondern auch

7) der Inhalt der Disposition selbst hinlänglich zu erkennen giebt, nach welchem z. B. den Söhnen Apanage, und zwar jedem des Jahrs 300 fl., wenn sie majorenn sind, ist ausgesetzt worden, ohnerachtet der jüngste Sohn Gutsbesitzer seyn soll, da doch Apanage seinem Begriff nach nur Abfindung für diejenigen ist, welche nicht in die Familien- und Stammgüter succediren.

§. 9.

Beantwortung der zweyten Frage.

Soviel hiernächst die zweyte Frage anbetrift:

ob die mehrgedachte väterliche Disposition mit Freyheit des Willens errichtet worden?

so

so könnte es scheinen, daß von dieser Seite der Gültigkeit derselben nichts im Wege stehe. Denn war auch der Verstorbene anfangs nicht gesonnen, ein Testament zu machen, weil er geglaubt, es sey schon zu spät, er habe jetzt, bey herannahendem Tode, nur für seine Seele zu sorgen; so hat er sich doch nachher zu dessen Errichtung noch entschlossen, und daher seinen letzten Willen nicht nur mündlich erklärt, sondern auch, nachdem derselbe zu Papier gebracht worden, solchen sogar noch vor seinem Ableben eigenhändig unterschrieben. Es ergeben sich auch aus der Geschichtserzählung keine Data, daß der Verstorbene etwa durch Zwang, oder ungestümmes Anhalten zur Errichtung der in Frage stehenden Disposition wäre genöthiget, oder durch betrügliche Vorspiegelungen und Beredungen dazu wäre verleitet worden, weshalb sonst ein Testament den Rechten nach als nichtig angefochten werden kann.

WERNHER select. Observat. for. Tom. I. P. II. Obs. 408. et P. III. Obs. 84.

LEYSER Meditat. ad Pandect. Vol. VI. Specim. CCCLXXV. medit. 7. 8. et 9.

Ueberdies wird Zwang oder Betrug bey keinem Testament vermuthet;

LEYSER Specim. cit. medit. 31. seqq.

MANTICA de coniectur. ultimar. voluntat. Lib. II. Tit. 7. nr. 1. et 2.

sondern muß von dem, welcher behauptet, daß das Testament dadurch veranlaßt sey, bewiesen werden,

REINHARTH select. Observation. ad Christinaei Decisiones Vol. III. Obs. 3.

HOFACKER Princip. iur. civ. Tom. II. §. 1619.

Noch weniger schaden bloße Ueberredungen, Bitten und Schmeicheleien der Gültigkeit des Testaments.

L. 3. D. Si quis aliquem testari prohibuerit.

LEYSER Specim. CCCLXXVI. medit. 3.

WERNHER Observat. for. Tom. I. P. I. Obs. 86.

Westphals Theorie des Röm. Rechts von Testamenten §. 31.

HOFACKER cit. loc. §. 1618.

Nicht zu gedenken, daß von einigen Rechtsgelehrten selbst importunae sollicitationes für keinen solchen Zwang gehalten werden wollen, weshalb ein Testament angefochten werden könnte;

S. Weber zu Höpfners Commentar über die Heineccischen Institutionen §. 442. Not. 1. S. 469.

§. 10.

Allein alles dessen ungeachtet ergiebt sich dennoch aus der Geschichtserzählung soviel, daß der Verstorbene nicht nur den Willen, ein Testament zu machen, gar nicht gehabt habe, und sich daher durchaus zum Testiren nicht habe verstehen wollen, indem er gesagt:

„er wäre es nicht mehr vermögend"

sondern auch sich nachher, als ihm die von dem Oberamtmanne, Herrn C. von F., zu Papier gebrachte Dispositi-

sposition zur Unterschrift dargereicht worden, nochmals geweigert habe, mit dem Ausdrucke:

„er könne nicht mehr schreiben;"

wie denn auch wirklich des Testirers Augen damals schon halb erloschen und so, wie bey einem Sterbenden gewöhnlich, gläsern, auch seine Hand zitternd und schon halb erkaltet gewesen. Es fehlt also hier an einem zur Gültigkeit des Testaments eines Sterbenden wesentlichen Erfordernisse, nämlich dem animo testandi; welches, wie schon bey der erstern Frage ausgeführt worden, als das ächte Kennzeichen anzusehen ist, daß der Sterbende mit völliger Ueberlegung und Freyheit des Willens testirt habe.

Woltärs Grundsätze der Rechtsgelehrsamkeit (Halle 1785. 8.) §. 266.

§. 11.

Gehört es nun zur Gültigkeit einer jeden letzten Willensverordnung, daß sie absichtlich und frey geschehe;

THIBAUT System des Pandectenrechts 2. Band §. 1016.

nihil est enim, quod magis hominibus debeatur, quam ut supremae voluntatis, postquam iam aliud velle non possunt, liber sit stylus, et licitum, quod iterum non redit, arbitrium;

L. 1. Cod. de Sacrosanct. Ecclesiis.

so kann die in Frage stehende Disposition des verstor-

benen

benen Freyherrn von Sp. auf die Gültigkeit eines letztern Willens um so weniger Anspruch machen, als vielmehr in einem solchen Falle, da der Testirer alsdenn erst, wenn er schon in letzten Zügen liegt, zu einer Testamentserrichtung vermocht wird, rechtlich zu vermuthen ist, daß der Sterbende nicht sowohl aus eigenem freyen Willen, sondern nur um Ruhe zu haben, und den lästigen Fragen ein Ende zu machen, in alles und jedes, was ihm vorgesagt oder abgefragt worden, eingewilliget habe. Moribundi enim, qui morti plerumque intenti, procliviter omnia omnibus annuere solent, non ut animo, quod habeant, proferant, sed ut molestas interrogationes devitent, ceu, quibus in tali statu versantibus, moderatae quantumvis preces et blandae voces, etiam sibi alias charissimorum, odiosae ac molestae sunt, ut adeo testator, illis consentiens non ex animi sententia, sed suae tantum quietis gratia, et ut se a molestia liberaret, feciſſe praesumatur.

Io. Ad. KURRER Diss. de testamento coacto. *Tubingae* 1682. §. 17.

MANTICA de conjectur. ultimar. voluntat. Lib. II. Tit. 6. nr. 5.

MANZIUS de testamento valido vel invalido. Tit. III. Quaest. III. §. 25.

Pet. PECK Tr. de testamentis conjugum Lib. I. cap. 17. pr. et seqq. num.

WERNHER Observat. for. Tom. I. P. II. Obs. 408.

Christ.

Christ. Frid. Imm. SCHORCH nova Collectio Responsorum et Sententiar. selectior. Facultatis jurid. Erfordiens. (*Erfordiae 1798.* 4.) Nr. XIV. Qu. 2. nr. 11—19.

Nicht zu gedenken, daß bey Kranken und reizbaren Menschen, besonders bey Sterbenden, selbst Bitten und Schmeicheleien einem solchen Zwange gleichgeachtet werden, wodurch Freyheit des Willens und Ueberlegung des Erblassers aufgehoben wird.

THIBAUT System des Pandectenrechts 2. Band §. 1016.

§. 12.

Beantwortung der dritten Frage.

Anlangend die dritte Frage:

ob in Ansehung der in Frage stehenden Disposition eine vollkommene Gewißheit des Willens vorhanden sey?

so enthält auch hiervon die Geschichtserzählung Data, welche uns daran zweifeln lassen. Aus derselben erhellet nämlich, daß die so betitelte väterliche Disposition auf die Art zu Stande gebracht worden, daß der Oberamtmann von F. jederzeit die Frage an den Erblasser gestellt, was er über diesen oder jenen Punct zu verfügen belieben wolle, und derselbe sogleich die Antwort darauf schleunigst, und in möglichster Kürze, wie auch der ganze Inhalt der Dispositiou beweißt,

zu Papier gebracht habe, weil sich wegen der Gefahr und Schwäche des Testirers nicht habe säumen lassen.

§. 13.

Nun ist zwar ein Testament, welches auf Befragen eines Andern gemacht worden, nicht schlechterdings für ungültig zu halten, wenn nämlich der Testirer entweder schon vorher Jemanden seinen letzten Willen freywillig eröfnet hatte, so daß dieser dem Fragenden schon bekannt gewesen, oder wenn wenigstens bey der an den Erblasser gestellten Frage alle Suggestion vermieden worden, und die Antwort nicht zweydeutig ausgefallen, oder wenigstens auf eine specielle Suggestivfrage auch eine specielle Antwort erfolgt ist; unter welchen Umständen ein testamentum ad interrogationem alterius conditum nach der gemeinen Meinung der Rechtsgelehrten für gültig gehalten wird.

WERNHER select. Observat. for. Tom. II. P. IX. Obs. 153.

LEYSER Medit. ad Pand. Vol. VI. Specim. 375. medit. 15.

STRYK Diss. de iure suggestionis Cap. III. nr. 10. et seqq.

Derselbe de cautel. testamentor. cap. IV. §. 34.

Io. Gottfr. SCHAUMBURG Singularia de testamento nuncupativo capita. *Ienae* 1737. §. 15. in fin.

Gabr. Christ. SCHREIBER *de Cronstern* Diss. de testamento ad interrogationem alterius condito. *Goettingae* 1771. §. 14. et 15.

Nettelbladts Versuch einer Anleitung zu der ganzen practischen Rechtsgelahrtheit §. 1329.

§. 14.

Es wird aber doch immer vorausgesetzt, daß das Testament auf eine solche Art errichtet worden, daß in Absicht auf die Gewißheit des Willens des Testirers gar kein gegründeter Zweifel übrig ist.

HOFACKER Princip. iur. civ. Tom. II. §. 1267.

Daher gilt das Testament nicht, wenn auf eine specielle Frage eine generelle Antwort erfolgte;

VOET in Commentar. ad Pand. Tom. II. Tit. Qui testam. fac. poss. §. 11.

LEYSER Specim. cit. medit. 14.

MALBLANC Digesta Tom. III. §. 689.

oder wenn ein schon mit dem Tode Ringender, welcher gar nicht im Sinne gehabt, ein Testament zu machen, vielweniger vorher seinen letztern Willen deshalb irgend Jemanden bekannt gemacht hatte, und jetzt in seinen Gedanken bloß mit Tod und Ewigkeit beschäftigt ist, gleichsam ex abrupto und wider seinen Willen befragt worden, wie er dies und jenes anordnen wolle, und dieser dann auf die Fragen mit solcher Eilfertigkeit geantwortet hat, daß man deutlich daraus wahrnehmen kann, wie er nur der Beschwerlichkeit des Fragens dadurch sich habe entledigen wollen.

de LYNCKER Decision. P. III. Decis. 1461.

MENOCHIUS de Praesumtion. Lib. IV. Praes. 8. nr. 38.

MANZIUS de testamento valido et invalido. Tit. III. Quaest. V. §. 14.

MANTICA de conjectur. ultim. voluntat. Lib. II. Tit. 6. num. 5.

KURRER Diss. de testamento coacto §. 17.

MEIER Colleg. iuris argentorat. Tom. II. Tit. Qui testam. fac. poss. §. 6. pag. 316.

SCHREIBER de *Cronstern* Diss. cit. §. 16.

§. 15.

Ob nun gleich in Absicht auf die Art und Weise, wie die Fragen an den Erblasser gestellt, und die Antworten darauf von demselben gegeben worden sind, aus der Geschichtserzählung nichts Specielles erhellet; so ist doch bey gegenwärtiger Disposition die Gewißheit des Willens aus folgenden Gründen billig zu bezweifeln.

Denn

1) ist hier von einer väterlichen Disposition die Rede, welche an die sonst gewöhnliche Testamentsform nicht gebunden ist, bey der aber eben deswegen die Gewißheit des Willens um so weniger einigem Zweifel unterworfen seyn darf, da sie die Stelle aller übrigen Feyerlichkeiten vertritt.

Nun ist

2) die

2) die in Frage stehende Disposition zu einer solchen Zeit errichtet worden, da der Erblasser schon in letzten Zügen lag, und eben deswegen nicht testiren wollte, weil er es für zu spät, und sich für zu schwach und unvermögend hielt.

3) Die Disposition ist durch Frage und Antwort in der größten Eile errichtet worden, weil sich bey der großen Schwäche des Erblassers nicht säumen ließ. Wie wenig kann man unter diesen Umständen überzeugt seyn, ob diese Disposition, an die der Erblasser zuvor gar nicht gedacht hatte, den ernstlichen Willen desselben enthält, zumahl da man nicht weiß, wie die Fragen in der Eile gestellet worden, und ob es nicht bloße Suggestivfragen gewesen. Hierzu kommt

4) daß die Disposition dem Erblasser nicht einmahl wieder vorgelesen worden, welches doch bey einer solchen letztern Willensverordnung, welche bloß auf Befragen und ohne Verlangen des Erblassers von fremder Hand ist aufgesetzt worden, um so nothwendiger gewesen wäre, je weniger der Erblasser, dessen Augen schon gebrochen, und, wie bey einem Sterbenden, gläsern waren, sie selbst zu lesen vermochte, und je leichter hier der Fall eintreten konnte, daß der Testirer sich geirrt, oder es nicht so gemeint hat, als er anfangs erklärt hatte, zumahl da ihm die Fragen ex abrupto ge-

macht wurden, ohne daß ihm Zeit zur Ueberlegung blieb. Es tritt also hier ein, was

MEVIUS in Comm. in ius Lubec. Lib. II. Tit. 1. Art. 1. nr. 33. seq.

sagt: Etsi communius placeat, valere testamentum, ad alicuius, sive notarii, sive alterius cuiusquam interrogationem factum, id tamen non procedit, quando non constat, an quis iussu testatoris ultimam voluntatem conceperit, sed solum *ex abrupto* hic interrogatur. *Ante omnia enim opus est constare, quod aegrotans voluntatem habuerit testamentum condendi.*

§. 16.

Beantwortung der vierten Frage.

Endlich, soviel die vierte Frage anbetrift:

Ob nicht in der Disposition selbst, so wie sie gefaßt ist, ein Grund liegt, die Gültigkeit derselben zu bestreiten?

so sind für die Bejahung derselben ebenfalls sehr wichtige Gründe vorhanden.

Ich will mich hier gar nicht bey den wesentlichen Mängeln aufhalten, die diese so betitelte väterliche Disposition hat, wenn man sie als ein schriftliches Testament unter den Kindern betrachtet, indem es ihr ganz an der in der

Nov. 107. cap. 1.

vor-

vorgeschriebenen Form fehlt, wie bereits in dem erstern Gutachten unserer Fakultät ist ausgeführt worden. Denn da diese Disposition zugleich auch mündlich errichtet worden ist, so würde sie, wenn sie auch in Ansehung des schriftlichen Aufsatzes Mängel haben sollte, doch wenigstens als eine mündliche Disposition bestehen können. Generatim enim observandum est, schreibt

HOFACKER in Princip. iuris civ. Tom. II. §. 1270.

sehr richtig, testamentum eius, qui omnes quidem adhibere voluit, testamenti scripti solennitates, viva tamen voce ultimum quoque nuncupaverat iudicium, sustineri tanquam nuncupativum, cum in scriptura talis appareat defectus, propter quem testamentum tanquam scriptum consistere nequeat.

Zwar ist es in der Theorie noch sehr streitig, ob Eltern unter ihren Kindern mündlich testiren können, ohne an die äusserliche Feyerlichkeit der Testamente gebunden zu seyn. Mehrere Rechtsgelehrte bezweifeln dieses nicht ohne Grund darum, weil die Gesetze

L. 21. §. 1. C. de testam.
L. 26. C. famil. erciſc.
Nov. 107. cap. 1.

immer ein schriftliches Testament voraussetzen, wenn sie die Eltern von den gewöhnlichen Testamentsfeyerlichkeiten befreyen; und sehr merkwürdig ist es, daß in der L. 21. §. 2. Cod. de testam. gleich nach dem Pri-

vilegium des elterlichen Testaments, wovon §. 1. des angeführten Gesetzes handelt, von der Feyerlichkeit der mündlichen Testamente geredet wird, ohne das elterliche Testament auszunehmen.

Ant. FABER de erroribus Pragmaticor. Dec. XXXV. Err. 4.

God. Lud. MENCKEN Diss. de testamento parentum inter liberos privilegiato iure civili sine scriptura invalido. *Helmst.* 1756.

MADIHN Princip. iuris Rom. de Successionib. §. 78.

WALCH Introduct. in controv. iuris civ. pag. 321.

Indessen ist es wenigstens nach teutschen Rechten, und nach dem heutigen Gerichtsgebrauche ausser Zweifel, daß die Eltern auch bey nuncupativen Testamenten unter ihren Kindern ein gleiches Privilegium haben, und daß auch bey diesen mehr nicht als zwey Zeugen gegenwärtig zu seyn brauchen.

Reichsabsch. vom J. 1512. Tit. von Testamenten §. 2.

WERNHER Select. Observat. for. Tom. II. Part. X. Obs. 465.

HOFACKER Princip. iur. civ. Tom. II. §. 1388.

Rettelbladts Anleitung zur pract. Rechtsgelehrsamkeit §. 1337.

Höpfners Commentar über die Institutionen §. 460.

§. 17.

§. 17.

Allein man betrachte die in Frage stehende väterliche Disposition als eine schriftliche oder als eine mündliche, so kann dieselbe auf keine Weise zu Recht bestehen. Denn

1) sind die Kinder darin nicht gehörig zu Erben ernannt worden. Nach ausdrücklicher Vorschrift der Gesetze

Nov. 115. cap. 3.

müssen Kinder, die eine Enterbung nicht verdient haben, nothwendig zu Erben eingesetzt werden. Es soll den Eltern durchaus nicht erlaubt seyn, ihren Kindern den ihnen schuldigen Erbtheil unter einen singulären Titel zu hinterlassen, sondern sie sollen sie zu Erben einsetzen, wenn sie keine rechtmäßige Ursache haben, sie zu enterben. Ist dieses nicht geschehen, so kann durch kein Vermächtniß, durch keine Schenkung dieser Mangel ersetzt werden, sondern es ist nun eben so gut, als wären diejenigen, denen der Pflichttheil gebührt, enterbt oder präterirt worden. Sancimus, sagt Justinian in der angeführten

Nov. 115. cap. 3.

non licere penitus patri vel matri, avo vel aviae, proavo vel proaviae suum filium vel filiam vel caeteros liberos praeterire, aut exheredes in suo facere testamento, nec si per quamlibet donationem, vel legatum vel fideicommissum vel alium quemcunque modum eis dede-

rit legibus debitam portionem: nisi forsan probabuntur ingrati: et ipsas nominatim ingratitudinis causas parentes suo inseruerint testamento.

Eben dieses bestätigt auch die beystimmende Meinung der bewährtesten Rechtsgelehrten.

COCCEJI iure civ. controv. Lib. V. Tit. 2. Qu. 26.

Westphal in der Theorie des Röm. Rechts von Testamenten §. 547. S. 415.

Höpfner im Commentar über die Institutionen §. 473. S. 511. nach der neuesten Weberschen Ausgabe.

WALCH Introduct. in controv. iuris civ. Sect. II. cap. IV. membr. 2. §. 7.

§. 18.

Es ist auch diese Vorschrift keinesweges bloß von dem Falle zu verstehen, wenn etwa die Eltern auf eine feyerliche Art testiren. Sie ist auch eben so gut zu beobachten, wenn Eltern ein privilegirtes Testament unter ihren Kindern errichten, weil ihnen von der innern Form der Testamente nichts erlassen ist, wie

Westphal in der angef. Theorie des Röm. Rechts von Testamenten §. 826.

HOFACKER in Princip. iuris civ. Rom. Germ. Tom. II. §. 1386.

und

MADIHN Princip. iuris Rom. de Successionib. §. 78. nr. 3. pag. 94.

gründlich bemerkt haben.

§. 19.

Nun ist diese Vorschrift in der vorliegenden Disposition offenbar nicht beobachtet worden. Zwar ist es nicht gerade nothwendig, daß man den Ausdruck, zum Erben einsetzen, brauche, indem auch andere Ausdrücke genügen, welche nach dem teutschen Redegebrauche eine Erbeneinsetzung andeuten, wie z. B. vermachen, hinterlassen u. dergl.

LEYSER Specim. CCCLVI. med. 2.

PUFENDORF Observat. iuris univ. Tom. IV. Obs. 45.

HOMMEL Rhapsod. quaestion. for. Vol. IV. Obs. 547.

Offenbar aber ist es für keine Erbeinsetzung zu halten, wenn es in der väterlichen Disposition heißt:

„Apanage soll ein jeder Sohn des „Jahrs 300 fl. haben, wenn sie majo„renn sind."

Denn Apanage ist kein Theil der Erbschaft, sondern nur eine Art von Abfindung, welche demjenigen, dem sie ausgesetzt worden, von dem Haupterben und Successor in das väterliche Stammgut zu seinem Unterhalt

geleistet wird. Sie kann also auch nicht als ein Pflichttheil betrachtet werden, welcher ein Theil der Erbschaft ist.

FÜTTER Diss. de augendo apanagio auctis reditibus. Cap. I. §. 8. not. I. in Sylloge Commentation. ius privat. princip. illustrant. Diss. 2. pag. 99.

Häberlins Handbuch des teutschen Staatsrechts 3. Band §. 451. S. 517. folg.

§. 20.

Es ist demnach ausser Zweifel, daß die Söhne, denen bloß Apanage ausgesetzt worden, nicht zu Erben eingesetzt worden, sondern im rechtlichen Sinn für präterirt zu halten sind. Liberi enim testamento patris *praeteriti* sunt, qui neque heredes instituti, neque, ut oportet, exheredati sunt.

§. 12. I. de hereditat. quae ab intest. defer.

Glücks ausführliche Erläuterung der Pandecten 7. Theils 1. Abth. §. 551. S. 200. folg.

Nun ist ein Testament null und nichtig, worin der Vater seine Kinder nicht einsetzt, aber auch nicht enterbt, sondern übergeht, wenn ihnen auch der Pflichttheil unter irgend einen Titel wäre hinterlassen worden.

WERNHER Select. Observat. for. Tom. I. P. II. Obs. 407.

VINNIUS in Select. iur. quaest. Lib. II. cap. 20.

Westphals Theorie des R. R. von Testamenten §. 548. u. 549.

§. 21.

2) Wollte man auch annehmen, daß die den Söhnen ausgesetzte Apanage die Stelle des ihnen gebührenden Pflichttheils vertreten solle, so ist es ja bekannten Rechtens, daß der Pflichttheil aus der Substanz des Vermögens selbst, und nicht, wie hier geschehen, aus künftigen Revenüen der Masse, gleichsam als eine Pension, hinterlassen werden muß. Nicht nur die Gesetze bestätigen dieses deutlich, nach welchen, was nicht unbedingt und geradezu vom Erblasser, und aus der Substanz seines Vermögens herfließt, gar nicht zum Pflichttheil gerechnet werden soll;

L. 36. pr. Cod. de inoff. testam.

sondern es sind auch darin, sowohl Theoretiker als Practiker mit einander einverstanden.

STRYK in Tr. de cautelis testamentorum Cap. XVII. membr. 2. §. 28.

HELLFELD in jurisprud. for. sec. ord. Pandect. Tom. I. §. 548.

WESTENBERG de portione legitima liberis, parentibus et fratribus relinquenda. Diss. IV. Cap. 2. §. 5.

WERNHER Select. Observat. for. Tom. I. P. I. Obs. 185.

Westphal in der angef. Theorie von Testamenten §. 398. b. S. 294.

Geigers und Glücks merkwürdige Rechtsfälle und Abhandlungen. 2. Band. Nr. XVI. §. 2. S. 4. ff.

Thibaut System des Pandectenrechts 2. B. §. 914.

§. 22.

Es ist demnach als ein unstreitiges Gravamen des Pflichttheils anzusehen, wenn den Söhnen statt des ihnen gebührenden Erbtheils bloß Apanage ausgesetzt worden ist, zu dessen Anerkennung sie keinesweges rechtlich verbunden sind. Wäre eine Erbeinsetzung geschehen, so möchte ihnen immerhin auch das Geringste zum Pflichttheil ausgesetzt seyn, das Testament würde darum doch gelten, und allenfalls auf Erfüllung geklagt werden können.

L. 30. Cod. de inoff. testam.

Nov. 115. cap. 3.

Allein da die Söhne nicht gehörig, wenigstens nicht beyde, wenn man auch den jüngsten Sohn, der das Gut haben soll, für den Haupterben halten will, zu Erben ernannt worden sind; so ist es so gut, als ob eine Präterition geschehen wäre, da die Apanage für nichts zu rechnen ist, und es kann daher das Testament wenigstens von dem ältern Sohn, mit Recht als nichtig angefochten werden.

Weſtphals Theorie des Röm. Rechts von Teſtamenten §. 608. S. 458.

§. 23.

Man wende nicht ein, daß die väterliche Dispoſition, wenn ſie auch als Teſtament nicht zu Recht beſtehen ſollte, wenigſtens als eine Theilung unter den Kindern gelten müſſe. Denn wenn die Eltern eine ſolche Theilung unter den Kindern machen, ſo wollen ſie die Inteſtaterbfolge eintreten laſſen, und vertheilen die einzelnen Sachen unter die Kinder, gleichſam wie Prälegate.

HOFACKER Princip. iur. civ. Tom. II. §. 1390.

Höpfner im Commentar über die Inſtitutionen §. 460. zweyte Anmerk. S. 493.

Thibaut Syſtem des Pandectenrechts 2. Band. §. 927.

Nun verträgt ſich die in der Dispoſition beſtimmte Apanage nicht mit der Inteſtaterbfolge, indem ſie vielmehr eine Ausſchließung von derſelben involvirt. Hierzu kommt, daß auch ſelbſt eine Theilung der Eltern unter den Kindern anders nicht beſteht, als wenn jedes Kind den ihm gebührenden Pflichttheil erhält, als welcher ihnen auch durch keine Theilung der Eltern entzogen werden kann.

L. 8. Cod. de inoff. teſtam.

L. 10. et 16. Cod. familiae erciſcund.

CARPZOV Iurisprud. for. Part. III. Constit. IV. Definit. 22.

Ferd. Christ. HARPPRECHT Diss. de divisione bonorum inter liberos a parente adhuc in vivis facta §. 56. in EIUS *Dissertationib. academ.* Vol. II. pag. 730.

§. 24.

Im Ganzen geht demnach meine rechtliche Meinung dahin, daß die mir mitgetheilten abschriftlichen Anlagen sub litt. A. B. C. D. E. F. und G., wenn sie die volle Gesetzlichkeit vorzüglich durch eidliche Vernehmung der Personen, von welchen dieselben herrühren, erreichen, allerdings Data genug enthalten, die Gültigkeit der in Frage stehenden väterlichen Disposition mit dem besten Erfolg zu bestreiten, indem sich daraus ergiebt,

1) daß der Testator zur Zeit der Errichtung derselben die zu einem solchen Geschäft erforderliche Ueberlegung nicht mehr gehabt, auch
2) die Disposition selbst nicht mit vollkommener Freyheit des Willens errichtet worden, nicht minder
3) die Gewißheit des Willens zweifelhaft, und überhaupt
4) der Inhalt derselben so beschaffen sey, daß die Disposition auf keine Weise zu Recht bestehen könne.

XLIII.

Rechtliches Gutachten

über die Frage, ob ein in Concurs gerathener Schuldner eine ihm während desselben angefallene Erbschaft zum Nachtheil seiner Gläubiger auszuschlagen befugt sey *)?

---

§. 1.

Der Hausmann und Landbesitzer Mins Eden Janson in Jeverland errichtete mit seiner Ehefrau Almuth gebohrne Hinrichs im Jahr 1787 ein reciproques Testament, worin unter andern die Ehefrau des Mins Eden Jansen Folgendes disponirt:

„Zu meinen Erben setze ich ein alle mit meinem Manne künftig zu erzielende Kinder, welches oder welche bey meinem Abschiede am Leben vorhanden seyn möchten, so wie meinen Ehemann Mins Eden Jan-

*) Dieser merkwürdige Rechtsfall gab zu einer unter meinem Vorsitz von einem meiner fleißigen Zuhörer, Herrn August von Sellentin aus Berlin, ehrenvoll vertheidigten Dissertation Anlaß, unter dem Titel: de debitore obaerato hereditatem sibi delatam, aut legatum relictum, bonis eius a creditoribus possessis, omittente. Erlangen 1804. 4.

Janson, dergestalt, daß mein Ehemann zugleich den freyen Besitz und ungestörten Nießbrauch aller meiner Güter behalten, und keines der Kinder und Erben Macht haben solle, ein Inventarium, eidliche Specification, Rechnungsablage, oder Caution von ihm zu fordern, als welches ich alles meinem Ehemann hierdurch wohlwissentlich und wohlbedächtlich erlasse, und remittire, vielmehr verlange, daß er mit meinen Gütern nach seinem eigenen Belieben schalten und walten möge, und keiner der Kinder sich unterstehen solle, ihn darin im geringsten zu hindern, als welche ich auf den Fall bis auf den Pflichttheil ausschließe. Falls auch mein Ehemann nach meinem Tode zu einer andern Ehe schreiten sollte, so soll er dennoch den ihm vermachten Antheil erb- und eigenthümlich, und den usum fructum gesammter Güter so lange behalten, bis die Kinder zu ihren Jahren gekommen, und majorenn sind, oder sich verheyrathen, und ihre eigene Haushaltung anfangen, welchenfalls denn mein Ehemann ihre Portionen herausgiebt, und solchergestalt dieselben von meiner Nachlassenschaft abfindet."

§. 2.

Im Jahr 1801 den 2. Febr. wird über die Vermögensmasse des Ehemanns der concursus creditorum erregt, und es werden von dem Concursgerichte die gewöhnlichen Edictales erlassen, so wie auch nachher

das

das gehörige Prioritätsurtheil über diese Vermögensmasse ergangen ist.

§. 3.

Den 3ten März 1801. stirbt die Ehefrau des Mins Eden Jansen mit Hinterlassung des angeführten Testaments, hinterläßt drey unmündige Kinder und ein Vermögen von ohngefähr 4000 Rthlrn, welches Vermögen deren Ehemanne in dotem inferirt war, und weshalb sich die Ehefrau noch bey ihrem Leben beym Concurs gemeldet, und womit auch diese Ehefrau, jetzt deren Erben, unter die ingrossirten Gläubiger classificirt sind.

§. 4.

Die Vormünder der unmündigen Kinder des Mins Eden Jansen haben hierauf wegen dieser Forderung ihrer Mündel um eine Assignation ad depositum nachgesucht, und auf 3 Viertel dieses Adjudicats abschlägliche Zahlung erhalten.

Weil hingegen der dem Gemeinschuldner Mins Eden Jansen nach dem Testament gebührende vierte Theil der quaest. Erbschaft zum Besten der übrigen Creditoren inne behalten werden sollte; so erklärt derselbe vor Gericht:

„wie er in dem Testament seiner weyl. Ehefrau zwar als Erbe mit aufgeführt worden, diese ihm zuge-

schriebene Erbschaft aber nicht haben, und nicht antreten wolle;"

welche Erklärung von den Vormündern der Kinder per mandatarium legitimatum acceptirt worden ist.

§. 5.

Noch ist zu bemerken, daß wenn gleich nach der testamentarischen Disposition der Ehefrau des Mins Eden Janson, deren Ehemann ausser einem Kindestheile auch den Nießbrauch von der ganzen Verlassenschaft haben solle, ohne Unterschied, er möge zur andern Ehe schreiten, oder nicht, nicht minder den usumfructum der ganzen Erbmasse behalten solle, solange bis die Kinder majorenn geworden, oder sich verheyrathen; so hat demohngeachtet die Ehefrau ihre Forderung mit Zinsen angegeben, es ist auch den Erben derselben diese Forderung mit Zinsen von Zeit des Todes der Erblasserin zuerkannt worden, und dieser testamentarischen Disposition ohngeachtet haben die Vormünder der Kinder bereits einen abschläglichen Empfang ex deposito erhalten.

§. 6.

Nach dieser Lage der Sache entstehen dahero folgende Fragen, worüber dieses Rechtsgutachten begehrt worden ist.

Erste Frage.

Ob der Gemeinschuldner nach bereits ausgebrochenem Concurse befugt und im Stande sey, eine ihm nach ausgebrochenem Concurse angefallene Erbschaft seiner Ehefrau auszuschlagen, oder ob nicht vielmehr die Creditoren des Gemeinschuldners eine solche Verstossung eines zu machenden Erwerbes revociren, und verlangen können, daß dieser Theil der Erbschaft zur Concursmasse gezogen werde?

§. 7.

Nun möchte es zwar scheinen, als ob der Gemeinschuldner die ihm nach ausgebrochenem Concurse angefallene Erbschaft seiner Ehefrau zum Nachtheil der Gläubiger auszuschlagen nicht befugt sey. Denn das Recht zur Erwerbung der deferirten Erbschaft gehörte doch zum Vermögen desselben. Da nun der Schuldner nach ausgebrochenem Concurse nicht weiter über sein Vermögen disponiren darf, so scheint es eine ganz natürliche Folge zu seyn, daß derselbe sich dieses auf den Erwerb der Erbschaft gehenden, und seinem Vermögen bereits zugewachsenen Rechts nicht entschlagen dürfe, weil er durch eine solche Verzichtleistung wirklich zum Nachtheil seiner Gläubiger über sein Vermögen disponirt. Können nun gleich die Gläubiger den Schuldner selbst nicht zwingen, die ihm deferirte Erbschaft anzunehmen, wie

L. 67. §. 1. D. ad SCtum Trebell.

ausdrücklich sagt; so folgt doch daraus nicht, daß sie sich nicht selbst des schuldnerischen Rechts bedienen, und vermöge desselben die Erwerbung machen können, welche der Schuldner selbst nicht machen will.

§. 8.

Zwar scheint der Ausspruch Ulpians

L. 6. pr. et §. 2. D. Quae in fraud. creditorum

entgegen zu stehen, wo gesagt wird: Quod autem cum possit aliquid quaerere, non id agit, ut acquirat, ad hoc Edictum non pertinet, pertinet enim ad deminuentes patrimonium suum, non ad eos, qui id agunt, ne locupletentur. Proinde et qui repudiavit hereditatem, vel legitimam vel testamentariam, non est in ea causa, ut huic Edicto locum faciat: noluit enim adquirere, non suum patrimonium deminuit. Allein es ist noch erst die Frage, ob das Gesetz wirklich von unserm Falle rede. Angesehene Rechtsgelehrte sind nämlich der Meinung, daß dieses Gesetz den Fall einer vor geschehener cessio bonorum oder immissio creditorum von dem Schuldner unternommenen Disposition in Ansehung seines Vermögens unterstelle, wie aus dem ganzen Titel der Pandecten: Quae in fraudem creditorum facta sunt, erhellen soll. Es könne also auf den vorliegenden Fall um so weniger angewendet werden, da die Eröfnung des Concurses Verhältnisse hervorbringt, wegen der ganz

ande-

andere Grundsätze Statt finden müssen, als vor dessen Entstehung Statt finden konnten.

SALGADO DE SAMOZA in Labyrintho creditor. concurrent. Part. II. cap. 14. nr. 59.

Frid. Balth. HÜBLER in Diss. de marito hereditatem uxoris in fraudem creditorum repudiante, praes. *Augustino a* LEYSER defensa. *Helmstadii* 1729.

Christoph Christ. Dabelow ausführliche Entwickelung der Lehre vom Concurs der Gläubiger. Halle 1801. 4. S. 453. folgg.

Ja mehrere Rechtsgelehrten wollen behaupten, daß das Gesetz nicht einmal von einer schon angefallenen, sondern vielmehr von einer noch zukünftigen Erbschaft zu verstehen sey, deren sich der Schuldner noch bey Lebzeiten des Erblassers zum Nachtheil seiner Gläubiger begeben hat.

BRUNNEMANN in Comm. ad L. 6. D. Quae in fraud. creditor. nr. 8 et 9.

CARPZOV P. II. Decis. 161. nr. 20. sqq.

Io. SCHILTER in Praxi iuris Rom. Ex. XLVI. §. 53.

de BERGER in Oeconom. iuris Lib. II. Tit. 2. Th. 34. not. 21.

Io. Iust. RAABE in Diss. de duplici actione Pauliana. *Marb.* 1754. Sect II. §. 40.

Alle diese behaupten daher, daß die Gläubiger des Ge-

meinschuldners eine von demselben nach ausgebrochenem Concurse geschehene Verstoßung eines zu machenden Erwerbes revociren, und verlangen könnten, daß die ausgeschlagene Erbschaft zur Concursmasse gezogen werde.

§. 9.

In der That empfiehlt sich auch diese Meinung sowohl von Seiten der Billigkeit, als der Gerechtigkeit dergestalt, daß man kein Bedenken tragen sollte, dieselbe dem Buchstaben des Gesetzes vorzuziehen. Denn es ist hier der Fall, wo der Schuldner sich in einem solchen Zustande befindet, daß sein Vermögen nicht zureicht, seine Gläubiger zu befriedigen. Trift sich's nun, daß dem Schuldner eine Erbschaft zufällt, durch deren Herbeyziehung die Gläubiger befriediget werden könnten, und der Schuldner lehnt dennoch geradezu die Erbschaft ab, und entzieht dadurch den Gläubigern die Mittel zu ihrer Befriedigung, so ist dieß eine Bosheit, die viel ärger in die Augen fällt, als bey einer Veräußerung zum Nachtheil der Gläubiger. Sollte es nun wirklich die Meinung der Gesetze seyn, dieser Bosheit das Wort zu reden, welche doch als Regel vorschreiben, quod non debeat alteri per alterum iniqua conditio inferri?

L. 74. D. de reg. iuris.

Die Gesetze wollen doch in andern Fällen die vorsätzliche Unterlassung einer Erwerbung, wenn sie zur Kränkung

kung der Rechte eines Andern geschieht, einem dolo gleich bestraft wissen!

L. 1. §. 12. D. Si quis omissa causa testam.

L. 25. §. 8. D. de heredit. petit.

Warum sollte denn einem Schuldner während des Concurses mehr Recht zustehen, der doch nicht einmal mehr über das Seinige disponiren kann? Hierzu kommt, daß ein Schuldner schon nach natürlichen Rechten verbunden ist, seine Gläubiger zu befriedigen, er ist also auch verpflichtet, die Mittel herbeyzuschaffen, ohne welche er jener Schuldigkeit kein Genüge leisten kann.

§. 10.

Dessen ungeachtet aber läßt sich dennoch sowenig aus dem Concursverhältniß als aus den Gesetzen die Ungültigkeit einer solchen Nichterwerbung des Schuldners, sie sey vor oder nach ausgebrochenem Concurse geschehen, beweisen. Denn durch die Entstehung des Concurses wird dem Schuldner nur die Befugniß, über sein vorhandenes Vermögen zum Nachtheil seiner Gläubiger zu disponiren, entzogen, keinesweges aber wird ihm dadurch die Befugniß genommen, Erwerbungen zu verstossen, die noch nicht zu seinem Vermögen gerechnet werden konnten. Wenn also der Schuldner eine Erwerbung, die er zu machen im Stande war, nach ausgebrochenem Concurse von sich stößt, so veräussert er dadurch nichts von seinem Vermögen, indem eine Veräusserung sich nicht anders

denken läßt, als daß Jemand etwas von sich entfernt, was ihm bereits vollkommen erworben war. In dieser Rücksicht sagt daher Ulpian

L. 134. D. de reg. iur.

ausdrücklich: *Non fraudantur creditores, cum quid non adquiritur a debitore: sed cum quid de bonis deminuitur.*

§. II.

Daß nun aber insbesondere auch die Ausschlagung einer deferirten Erbschaft, welche vom Gemeinschuldner nach bereits ausgebrochenem Concurse geschieht, für ungültig nicht zu halten sey, erhellet daraus, weil eine blos deferirte Erbschaft noch nicht zu dem Vermögen des Erben gehört, so lange sie noch nicht angetreten ist.

L. 13. §. 5. D. Quod vi aut clam.

L. 1. pr. D. de succ. Edicto

L. 1. pr. D. de rer. divis.

Denn erst durch die Antretung wird sie acquirirt.

L. 151. D. de Verb. Signif.

Solange sie aber noch nicht angetreten ist, stellt sie die Person des Erblassers vor, und wird vermöge einer rechtlichen Fiction für ein noch fortdauerndes Eigenthum desselben gehalten.

L. 34. D. de acquir. rer. dom.

L. 61. D. eodem.

L. 116. §. 3. D. de legat. I.

§. 2. I. de heredib. instit.

L. 31. §. 1. D. eodem.

Daher wird auch die Repudiation einer Erbschaft in den Gesetzen für keine Alienation gehalten, vielmehr heißt es

L. 28. pr. D. de Verb. Signif.

Qui occasione acquirendi non utitur, non intelligitur alienare, veluti, qui hereditatem omittit.

§. 12.

Ja die Gesetze erlauben dem Schuldner unbedingt, eine ihm angefallene Erbschaft auszuschlagen, wenn auch gleich dadurch den Gläubigern der Vortheil der daraus zu hoffenden Befriedigung entzogen werden sollte, wie insonderheit aus

L. 67. §. 1. D. ad SCtum Trebell.

klar erhellet, wo gesagt wird: Etiam eo tempore, quo creditorum fraudandorum consilium inieris, citra periculum edicti fraudatorii hereditatem suspectam adibis, et restitues mihi: quia et remoto fideicommisso liberum tibi fuerat, nolenti adire hereditatem, creditores tuos tali modo fraudare. Es ist hier zwar zunächst von dem Falle die Rede, da der Schuldner, dem eine fideicommissarische Erbschaft anfiel, sich unter dem Vorwand, daß die Erbschaft verschuldet seyn möchte, weigerte, dieselbe anzunehmen, und sich dazu bloß in der Absicht durch

den Richter nöthigen ließ, um den Gläubigern den Vortheil der Pegasianischen Quarte zu entziehen.

Man vergleiche hier *L. 4. D. ad SCtum Trebell.* und *L. 27. §. 2. D. eodem.*

Allein der Entscheidungsgrund, warum der Schuldner deswegen nicht die Strafe des fraudatorischen Interdicts befürchten dürfe, ist merkwürdig, nämlich weil es dem Schuldner, wenn er auch gleich nicht wäre gebeten worden, die Erbschaft zu restituiren, dennoch freygestanden hätte, dieselbe zum Nachtheil seiner Gläubiger auszuschlagen. Noch merkwürdiger aber ist es, wenn eben dieses nachher

§. 2. cit. L. 67. D. ad SCt. Trebell.

auch sogar einem verschuldeten Sohne gestattet wird, welcher suus heres von seinem verstorbenen Vater geworden war. Sed et si filius suus heres patri, rogatus sit a patre, hereditatem mihi restituere, cum suorum creditorum fraudandorum consilium iniisset, tanquam suspectam ex decreto Praetoris restituerit mihi, vix fraudatorio interdicto locus erit. Da ein suus heres die väterliche Erbschaft ipso iure acquirirt, ohne daß es hier einer weitern Erklärung bedarf,

L. 14. D. de suis et legitim. heredib.

so hätte man auf den ersten Anblick wirklich denken sollen, die Ablehnung der Quarte, welche der Sohn

inne

inne behalten konnte, sey als eine Verminderung seines eigenen Vermögens anzusehen, zumal da die sui heredes schon bey Lebzeiten des Vaters gewissermaßen als Miteigenthümer der väterlichen Güter angesehen werden.

L. 11. D. de liber. et postum.

Allein bekanntermaßen hat die Wohlthat der Abstinenz, deren sich die sui heredes bedienen können, in Ansehung der sie selbst als Erben betreffenden Rechte und Verbindlichkeiten dieselbe Wirkung, als wenn ein heres extraneus die Erbschaft repudiirt.

G. L. BOEHMERI Diss. de suo herede ab hereditate se abstinente.

Westphals syst. Commentar über die Gesetze von Vorlegung und Eröfnung der Testamente, Annehmung und Ablehnung der Erbschaft. §. 73.

§. 13.

Nach diesen Gesetzen kann nun also den Gläubigern um so weniger ein Recht zustehen, eine solche Repudiation zu revociren, je weniger der Schuldner überhaupt verbunden ist, sein Vermögen zum Vortheil seiner Gläubiger zu vermehren, da ihn die Gesetze blos verpflichten, dasselbe nicht zu verringern. Was also sonst von der alienatione in fraudem creditorum facta in den Gesetzen verordnet ist, darf auf eine solche Nichterwerbung einer angefallenen Erbschaft den Rechten

nach

nach keinesweges gezogen werden, weil unter einer Veräusserung erworbener Güter, und unter der Nichterwerbung angefallener Güter dieser gesetzliche Unterschied obwaltet, daß nur jene, weil die Gläubiger blos auf die eigenen Güter ihres Schuldners einen Anspruch machen können, gesetzlich verboten, diese aber, ohne auf den Vortheil, welcher den Gläubigern dadurch entgehen mag, Rücksicht zu nehmen, erlaubt und rechtsbeständig ist, weil die Gläubiger auf die noch erst zu erwerbenden Güter ihres Schuldners aus keinem rechtlichen Grunde einen Anspruch machen können. Es ist daher sehr leicht zu erklären, warum ein Schuldner eine jede Erbschaft, sie mag ihm vermöge der gesetzlichen Erbfolge, oder aus einem Testament anfallen, in Gemäsheit der

L. 6. §. 2. D. Quae in fraud. creditor.

zu Gunsten eines Dritten auszuschlagen berechtiget sey, ohne daß der Dritte, zu dessen Vortheil es geschehen, deshalb von den Gläubigern einen Anspruch zu leiden besorgen darf. Nam licuit ei hereditatem repudiare, sagt

L. 6. §. 5. D. eodem.

§. 14.

Hierzu kommt, daß die Gesetze nur dem Fiskus das Recht gestatten, einen von dem Schuldner verstossenen Erwerb zu revociren.

L. 45. pr. D. de jure fisci.

wo

wo es heißt: In fraudem fisci non solum per donationem, sed quocunque modo res alienatae revocantur: idemque iuris est, *et si non quaeratur:* aeque enim in omnibus fraus punitur. Zwar fehlt es nicht an Rechtsgelehrten, welche auch dem Fiskus hierin kein Privilegium gestatten wollen, und sich deswegen auf

L. 26. D. de iure fisci.

berufen

S. *Andr.* ALCIATI Parerga Lib. III. cap. 19.

Ios. FINESTRES in Hermogeniani ICti Epitomar. iuris Lib. VI. Commentar. T. II. pag. 1005 sq.

THIBAUT Systeм des Pandectenrechts I. B. §. 719. S. 514.

Allein die angeführte *L.* 26. welche wörtlich so lautet: Cum quidam capitis reus emancipasset filium, ut hereditatem adiret, rescriptum est: non videri in fraudem fisci factum, quod acquisitum non est; redet von einem besondern Falle, dessen Entscheidung auf solchen Gründen beruhet, wodurch jene Regel der *L.* 45. *eodem* nicht aufgehoben wird. Ein Vater war nämlich wegen eines Verbrechens angeklagt, dessen aber noch nicht überwiesen. Seinem Sohne fällt mittlerweile eine Erbschaft zu. Diese konnte der Sohn zu Ulpians Zeiten ohne Befehl des Vaters nicht antreten.

L. 6. L. 7. L. 35. §. 2. L. 36. D. de acquir. vel omitt. heredit.

Hatte sie aber der Sohn angetreten, so erwarb sie der Vater nach dem Rechte des damahligen Zeitalters

eben

eben so, als wenn sie dem Vater selbst wäre hinterlassen worden.

L. 79. L. 90. D. eodem.

Der Vater mochte nun besorgen, daß seines begangenen Verbrechens wegen der Fiskus die Erbschaft an sich ziehen würde, deswegen entließ er seinen Sohn aus der väterlichen Gewalt, damit dieser die Erbschaft selbst antreten könnte. Dies hält nun Ulpian für keine Hintergehung des Fiskus, und mit Recht. Denn erstens hatte überhaupt der Fiskus noch kein Recht an dem Vermögen des Angeklagten, so lang noch keine Verurtheilung erfolgt war.

L. 2. D. de bonis damnator.

L. 11. §. 1. D. eodem.

L. 46. §. 6. D. de iure fisci.

Zweytens kommt vorzüglich in Betrachtung, daß zu Ulpians Zeiten noch die alte Art der Emancipation, die durch einen dreymaligen Scheinverkauf vor dem Magistrate geschahe, üblich war.

S. *Gerl.* SCHELTINGA Diss. de emancipationibus *Franeq. 1730.* P. I. cap. 3. in *Dan.*. FELLENBERG *Iurispr. antiqua* T. II. p. 484. fqq.

Da nun diese auch sogar einem solchen Vater gestattet wurde, der eines begangenen Capitalverbrechens wegen, wenn es nur kein Majestätsverbrechen war, war angeklagt worden,

L. 5. §. 4. C. ad Leg. Iul. Maiestat.

so durfte man auch die Wirkung derselben nicht hemmen.

Georg Happel Beobachtungen beym Ausbruche eines Concurses. Giessen und Darmstadt 1801. 8. S. 159.

Hierzu kommt, daß der Vater den Sohn doch nicht hätte nöthigen können, die Erbschaft gegen seinen Willen anzutreten.

L. 6. §. 7. D. de acquir. vel omitt. heredit.

Nun würde wohl schwerlich der Sohn um des Fiskus willen die Erbschaft angetreten haben, wenn er in der väterlichen Gewalt geblieben wäre, wie auch

Gilb. REGIUS *Εναντιοφαν.* iuris civ. lib. I. cap. 14. in *Ev.* OTTONIS *Thes. iur. Rom.* T. III. p. 1486.

sehr richtig bemerkt hat.

Machen nun die Gesetze blos in Ansehung des Fiskus eine Ausnahme, so kann wohl keinem andern Gläubiger ein solches Recht zustehen.

§. 15.

Endlich ist auch unbegreiflich, aus welchem Grunde die Gläubiger befugt seyn sollten, die Erbschaft, die der Schuldner ausgeschlagen hat, statt desselben anzutreten, da das Recht, eine Erbschaft anzutreten, ganz persönlich ist, welches nicht einmahl durch einen Procurator, geschweige den, wider den Willen des Erben, von einen Dritten, ausgeübt werden kann.

L. 90. D. de acquir. vel omitt. heredit.

L. 5. Cod. de iure deliber.

Ioſ. AVERANII Interpretation. iuris Lib. IV. cap. 4.

Ioſ. FINESTRES Praelection. Cervarienſ. ſ. Commentar. acad. ad Tit. Pandectar. de acquir. vel omittenda hereditate. P. II. cap. X. §. 3. pag. 390.

Denn das Recht eine Erbſchaft anzutreten hängt von der Delation ab, daher kann Niemand eine Erbſchaft acquiriren, als der, welchem ſie angefallen iſt.

L. 151. D. de Verb. Signif.

Ant. FABRI Coniecturae iuris civ. Lib. XIV. cap. 1. pag. 443.

Frid. Lud. GMELIN Diſſ. de repudiatione hereditatis. *Tubingae* 1804. praeſ. *Chriſt. Theoph.* GMELIN defenſa. §. 8.

Wenn alſo der Erbe die Erbſchaft ausſchlägt, ſo accreſcirt dieſelbe entweder dem Miterben, oder ſie fällt an den Subſtituten, oder in Ermangelung deſſelben, an die Inteſtaterben, und wenn auch dieſe ſie nicht annehmen wollen oder können, ſo tritt der Fiſkus ein.

L. 8. Cod. commun. de Succeſſion.

L. un. §. 10. et 13. Cod. de caduc. toll.

Dahingegen wird nirgends den Gläubigern das Recht verſtattet, eine ſolche Erbſchaft in Beſchlag zu nehmen.

§. 16.

Die Gründe, die dieſer Meinung entgegen geſetzt werden, ſind nicht erheblich. Der Titel der Pandecten,

Quae

Quae in fraudem creditorum facta sunt giebt uns schlechterdings keinen Anlaß, das oben angeführte unsern Fall entscheidende Gesetz *L. 6. pr. et §. 2. h. t.* bloß von dem Falle zu verstehen, da der Schuldner noch vor dem Ausbruche des Concurses zum Nachtheil seiner Gläubiger die ihm angefallene Erbschaft ausgeschlagen hat. Es läßt sich vielmehr mit leichter Mühe beweisen, daß das Edict des Prätors von der Revocation der zum Nachtheil der Gläubiger unternommenen Dispositionen des Schuldners durch die deshalb eingeführte Paulianische Klage auch auf den Fall gehe, da der Schuldner während des Concurses zum Nachtheil seiner Gläubiger gehandelt hat. Es beweißt dieses nicht nur die Allgemeinheit des Edicts, dessen Worte Ulpian

L. 1. pr. D. Quae in fraud. credit.

aufbehalten hat, und welche so lauten: *Quae fraudationis causa gesta erunt, cum eo, qui fraudem non ignoravit, de his curatori bonorum vel ei, cui de ea re actionem dare oportebit, intra annum, quo experiundi potestas fuerit, actionem dabo*; sondern hiervon überzeugt uns auch insonderheit die vom Ulpian

L. 1. §. 2. D. eodem

beygefügte Erklärung dieser Worte: Haec verba: sagt er, *Quae fraudationis causa gesta erunt*, generalia sunt, et continent in se omnem omnino in fraudem factam vel alienationem vel quemcunque contractum. Quodcunque

igitur fraudis causa factum est, videtur his verbis revocari, qualecunque fuerit: *nam late ista verba patent.* Wo ist wohl hier nur die mindeste Spur zu finden, daß der Titel der Pandecten, *Quae in fraudem creditorum*, wie

Herr Prof. Dabelow in der ausführl. Entwickelung der Lehre vom Concurse der Gläubiger S. 455.

behauptet, ausdrücklich eine vor geschehener cessio oder immissio von dem Schuldner unternommene Disposition in Ansehung seines Vermögens unterstelle? Vielmehr lehren die Gesetze dieses Titels deutlich, daß die Paulianische Klage wirklich auch den Gläubigern alsdann zustehen solle, wenn der Schuldner, nachdem sie in seine Güter waren immittirt worden, etwas zu ihrem Nachtheil unternommen hat. Es gehört hierher die

L. 6. §. 7. D. Quae in fraud. creditor.

wo Ulpian sagt: Sciendum, *Iulianum* scribere, eoque iure nos uti, ut, qui debitam pecuniam recepit, antequam bona debitoris possideantur, quamvis sciens prudensque solvendo non esse recipiat, non timere hoc Edictum: sibi enim vigilavit. Qui vero *post bona possessa* debitum suum recepit, hunc in portionem vocandum, exaequandumque caeteris creditoribus: neque enim debuit praeripere caeteris *post bona possessa*, cum iam par conditio omnium creditorum facta esset. Eben dieser Ulpian sagt ferner

L. 10. §. 16. D. eodem.

Si debitorem meum et complurium creditorum consecutus essem fugientem, secum ferentem pecuniam, et abstuliſſem ei id, quod mihi debeatur: placet *Iuliani* sententia dicentis, multum intereſſe, antequam in possessionem bonorum eius creditores mittantur, hoc factum sit, an *postea*. Si ante, cessare *in factum actionem*, si *postea*, huic *locum fore*. Hiermit stimmt auch Paulus überein, wenn er

L. 9. D. eodem

sagt: Is, qui a debitore, *cuius bona possessa sunt*, sciens rem emit, iterum alii bona fide ementi vendidit: quaesitum est, an secundus emtor conveniri potest? Sed verior est *Sabini* sententia, bona fide emtorem non teneri: quia dolus ei duntaxat nocere debeat, qui eum admisit. Quemadmodum diximus non teneri eum, si ab ipso debitore ignorans emerit. Is autem, qui dolo malo emit, bona fide autem ementi vendidit, in solidum pretium rei, quod accepit, tenebitur. Man wendet zwar dagegen ein, daß in diesen Stellen von einem solchen Falle die Rede sey, wo die Gläubiger bloß in einen Theil des schuldnerischen Vermögens wären immittirt worden, und der Schuldner eine Sache veräussert habe, welche die Immission nicht unter sich begriff.

S. Gmelin vom materiellen Concurs der Gläubiger. §. 17.

Dabelow in dem angef. Buche S. 402.

Allein dieser Behauptung steht entgegen, daß die Immission, welche den Gläubigern rei servandae causa ertheilt wurde, nicht in einen Theil des Vermögens, sondern vielmehr in das gesammte Vermögen des Schuldners geschahe. Dies lehrt uns nicht nur

CICERO in Orat. pro Publio Quintio cap. 29.

wo er sagt: Quod bonorum possessio spectetur *non in aliqua parte*, sed *in universis*, *quae teneri ac possideri possunt*, sondern dieses erhellet auch aus mehreren Stellen des Römischen Gesetzbuchs

L. 1. D. Quib. ex caus. in possess. eatur.

L. 1. C. de praetor. pignore.

Ja die Worte in den angeführten Gesetzen: *cuius bona possessa sunt*, ferner *post bona possessa* widerlegen jene Hypothese so vollkommen, daß es überflüßig seyn würde, nur noch ein Wort hinzuzufügen, da sich zumal, wie

Herr Prof. Dabelow selbst in dem angef. Buche S. 264. Nr. III.

sehr richtig bemerkt, die Immission, die den Gläubigern rei servandae causa ertheilt wurde, eben darin von andern Immissionen hauptsächlich unterschied, daß sie in das gesammte Vermögen des Schuldners verfügt wurde. Ja daß die Paulianische Klage auch für den Fall bestimmt gewesen, wenn der Schuldner noch nach der Immission der Gläubiger eine ihnen nachtheilige Verfügung in Ansehung seines Vermögens

gemacht

gemacht hatte, erhellet noch deutlicher daraus, weil vor Justinian aus dem pignore praetorio, welches die Gläubiger durch die Immission erhielten,

L. 26. pr. D. de pign. act.

noch keine Realklage entstand, indem nicht einmal das Interdictum uti possidetis ihnen zu statten kam,

L. 3. §. 8. D. Uti possidet.

bis Justinian den immittirten Gläubigern eben die Rechte mittheilte, welche durch ein conventionelles Pfandrecht erlangt werden.

L. 2. C. de praetor. pign.

Lud. Conr. SCHROEDER opusc. de natura et effectibus pignoris praetorii Sect. I. cap. 3. §. 103. seq.

Was hätten also die immittirten Gläubiger für eine andere Klage anstellen können, als die Paulianische, wenn der Schuldner post bona possessa zu ihrem Nachtheil gehandelt hatte?

S. *Ant.* FABER in Conjectur. iur. civ. Lib. XX. cap. 14.

SCHROEDER in Opusc. de natura et effectibus pignoris praetorii Sect. I. cap. 3. §. 132.

MALBLANC Digesta Part. sec. sectio posterior §. 805.

Happels Beobachtungen beym Ausbruche eines Concurses S. 64. folgg. u. S. 98. folgg.

§. 17.

Noch weniger aber kann diejenige Erklärung Beyfall finden, nach welcher die L. 6. D. Quae in fraud. credit. von einer künftigen, noch nicht einmal angefallenen Erbschaft verstanden werden will, worauf der Schuldner noch bey Lebzeiten des Testirers zum Nachtheil seiner Gläubiger Verzicht geleistet hat, wenn man bedenkt, daß dergleichen Erbverzichte nach dem römischen Rechte ganz unwirksam waren.

L. 94. D. de acquir. vel omitt. heredit.

L. fin. D. de suis et legitim. hered.

L. 174. §. 1. D. de regul. iuris.

Wie konnte also wohl Ulpian an die Erbschaft eines noch Lebenden denken, welche nach einem bekannten Ausspruch in der

L. 1. D. de hered. vel act. vendit.

eben darum gar kein Gegenstand eines gültigen Geschäfts seyn konnte, quia in rerum natura non sit? Mit Recht ist daher jene Erklärung von andern als irrig verworfen worden.

God. Lud. MENCKEN Diss. de actione Pauliana. *Lipsiae* 1747. §. 12.

Lud. God. MADIHN ad *Menckenii* doctr. de actionib. for. not. 201. pag. 84.

eine ihm angef. Erbsch. auszuschlagen befugt sey? 231

§. 18.

Aus allem diesen ergiebt sich also klar, daß der Ausspruch Ulpians in der

L. 6. §. 2. D. Quae in fraud. credit.

Qui repudiavit hereditatem, vel legitimam vel testamentariam, non est in ea causa, ut huic Edicto locum faciat. Noluit enim acquirere, non suum proprium patrimonium deminuit, ganz allgemein zu verstehen sey, folglich auf beyde Fälle sich erstrecke, die Repudiation mag vor dem Ausbruche des Concurses oder während dem Laufe desselben geschehen seyn, welches auch dadurch noch mehr bestärkt wird, daß Ulpians Ausspruch unter die allgemeinen Rechtsregeln aufgenommen ist.

L. 134. pr. D. de div. reg. iur.

§. 19.

Darin ist man nun zwar ziemlich einverstanden, daß wenn sich der Schuldner der Güterabtretung bedient hat, demselben das Recht auf keine Weise streitig gemacht werden könne, jeden Erwerb zu verstoßen, welcher ihm nach der Güterabtretung anheim gefallen ist. Denn hier erstreckt sich das Recht der Gläubiger nicht weiter, als über das zur Zeit der Güterabtretung vorhandene schuldnerische Vermögen. Ueber dasjenige also, was der Schuldner auch gleich unmittelbar nach der Güterabtretung erwirbt, verbleibt demselben die freyeste Disposition, und er kann

deswegen von den Gläubigern nicht in Anspruch genommen werden, wenn dieses neu erworbene Vermögen nicht so erheblich ist, daß die Gläubiger daraus befriediget werden können, ohne dem Schuldner den nöthigen Unterhalt zu entziehen.

L. 6. et 7. D. de cess. bonor.

§. ult I. de replicat.

Dabelows Lehre vom Conc. der Gläubiger S. 456.

§. 20.

Allein ganz anders, glaubt man, verhalte sich die Sache, wenn die Gläubiger eine Immission erhalten haben, ohne daß eine Güterabtretung geschehen war. Hier erstrecke sich das Recht der Gläubiger nicht nur auf das zur Zeit des Ausbruchs des Concurses vorhandene Vermögen, sondern auch auf das, welches dem Schuldner erst nachher erworben wird. Es müsse sich also auch auf die Rechte desselben erstrecken, die während des Concurses zu diesem Vermögen hinzutreten, in sofern nämlich selbige von der Beschaffenheit sind, daß deren Gebrauch auch einem Dritten verstattet werden kann, weil das Vermögen eines Menschen auch die demselben zuständigen Rechte in sich begreift.

L. 49. D. de Verb. Signif.

Leistet also der Schuldner während des Concurses auf einen Erwerb Verzicht, worauf er ein Recht erhalten hatte, so disponire er hier wirklich über sein Vermögen zum Nachtheil seiner Gläubiger, weil dieses Recht mit zu seinem Vermögen gehöre, und was vom Ganzen gilt, auch von einem Theile des Ganzen nothwendig gelten müsse. Nun hebt der Concurs, so lang er dauert, die Disposition des Schuldners über sein Vermögen in so weit auf, als dadurch die Gläubiger beeinträchtiget werden, mithin könne auch der Schuldner, wenn ihm während desselben auf einen Erwerb ein Recht zuwächst, sich desselben nicht zum Nachtheil seiner Gläubiger entschlagen. Könnten nun gleich die Gläubiger den Schuldner nicht zwingen, sich seines Rechts zu bedienen; so hindere doch dieses nicht, daß die Gläubiger selbst sich dieses Recht anmaßen, und vermöge desselben die Erwerbung selbst unternehmen könnten, sobald nur dieses Recht als ein dem Vermögen des Schuldners bereits wirklich zugewachsenes Recht zu betrachten ist.

S. Dabelow S. 457—460.

§. 21.

Ich zweifle indessen, ob die Gläubiger mit diesem Argument ihren Zweck erreichen werden. Wollte man darauf wirklich etwas bauen, so ist unbegreiflich, warum man den Gläubigern das Recht versagt, einen Erwerb zu revociren, den der Schuldner vor geschehener

Cession oder Immission zum Nachtheil seiner Gläubiger verstossen hat,

Dabelow S. 466.

da doch hier der nämliche Grund eintritt. Nun sagt man zwar, hier hätten die Gesetze der Pandecten mit ausdrücklichen Worten verordnet, daß ein Schuldner vor der Cession oder Immission einen zu machenden Erwerb gültig soll verstoßen können. Allein daß die Gesetze nicht von diesem Falle allein reden, sondern dem Schuldner eine solche Verstoßung ohne Unterschied erlauben, die Ablehnung des Erwerbs mag vor oder nach der Immission geschehen seyn, ist oben klar erwiesen worden. Doch nicht genug, daß jenes Argument zuviel, und folglich nichts beweißt, so zerfällt es auch schon dadurch in sich selbst, daß es unsern Fall gar nicht trift. Denn sollen die Gläubiger sich das Recht des Schuldners auf einen ihm zugefallenen Erwerb anmaßen können, so muß doch das Recht von der Beschaffenheit seyn, daß dessen Gebrauch auch einem Dritten verstattet werden kann. Von dieser Beschaffenheit ist nun aber das Recht zur Erwerbung einer angefallenen Erbschaft nicht; vielmehr sind alle Rechte auf Verlassenschaften, als solche, höchst persönlich.

S. Hugo Lehrbuch der Pandecten oder des heutigen Römischen Rechts. (Berlin 1805.) §. 93.

Endlich steht jenes Argument auch mit sich selbst im Widerspruche. Die Gläubiger sollen selbst die Erwerbung unternehmen können, sobald nur das Recht auf den Erwerb als ein dem Vermögen des Schuldners bereits wirklich zugewachsenes Recht betrachtet werden kann. Hierüber erklärt man sich nun weiter so. Ein bereits wirklich dem Vermögen des Schuldners zugewachsenes Recht sey ein solches, welches ihm nach Verordnung der Gesetze mitgetheilt wird, ohne daß er erst nöthig hat, eine Handlung zu unternehmen, welche auf die Erwerbung dieses Rechts abzweckt. Man rechnet dahin z. B. wenn dem Schuldner während des Concurses eine Erbschaft deferirt wird. Wenn hingegen z. B. dem Schuldner eine Schenkung angeboten wird, so könne das Recht auf diese Schenkung noch nicht als ein dem Vermögen des Schuldners bereits wirklich zugewachsenes Recht betrachtet werden, indem die wirkliche Erwerbung des Rechts auf die Schenkung erst von der Acceptation des Schuldners abhängt: mithin würden die Gläubiger zwar im erstern nicht aber im letztern Falle sich des schuldnerischen Rechts bedienen können, weil sie den Schuldner nicht zwingen können, die Schenkung zu acceptiren.

Dabelow S. 460.

Allein die Erwerbung einer Erbschaft erfordert ja so gut als die einer Schenkung eine besondere Handlung. Jene die Antretung, diese die Acceptation; und so we-

nig die Gläubiger den Schuldner zur letztern Handlung nöthigen können, so wenig können sie ihm zu der erstern zwingen. Können nun die Gläubiger den Schuldner nicht nöthigen, eine ihm während des Concurses angefallene Erbschaft anzunehmen, so können sie ihn auch nicht hindern, solche auszuschlagen. Da nun derjenige, welcher eine Erbschaft ausschlägt, eben so angesehen wird, als wäre er nie zum Erben eingesetzt worden;

Ios. FINESTRES in Commentar. ad Tit. Pandectar. de acquirenda vel omitt. hereditate. Part. III. cap. 2. §. 10. pag. 486.

Hier. de OROZ Apices iuris civ. Lib. II. cap. 11. nr. 6. pag. 164.

so ist schwer zu begreifen, wie die Gläubiger noch ein Recht des Schuldners sollten ausüben können, der im rechtlichen Sinn so angesehen wird, als wenn er nie Erbe gewesen wäre, wenn man zumal bedenkt, daß das Recht eine Erbschaft anzutreten, noch nicht einmal als ein dem Vermögen des Schuldners zugewachsenes Recht betrachtet werden kann, sondern, wie

Io. PUGA Tract. 20. de Transmission. iur. cap. I. nr. 3. seq.

sagt, eine mera acquirendi facultas ist, cuius causa heres neque actionem habet, neque exceptionem, quam certe haberet, si in bonis esse intelligeretur.

L. 52. D. de acquir. rer. dom.

L. 143. D. de verbor. significat.

Ja nach klarer Vorschrift der Gesetze ist hier nicht einmal der Fall auszunehmen, wenn der Schuldner ein ihm *ipso iure* angefallenes Recht, dessen Anfall durch bloße Mißbilligung rückwärts vernichtet werden kann, zum Nachtheil seiner Gläubiger aufgiebt. Ulpian sagt ausdrücklich

L. 6. §. 4. D. Quae in fraud. creditor.

Sed et illud probandum, *si legatum repudiavit*, cessare Edictum; wovon Ulpian an einem andern Orte:

L. 1. §. 6. D. Si quid in fraudem patroni,

den Grund angiebt: Quamvis enim legatum retro nostrum sit, nisi repudietur; attamen, cum repudiatur, *retro nostrum non fuisse*, palam est.

S. ITTIG Diss. de intermissione acquisitionis in praeiudicium tertii. *Lipsiae* 1709. §. 32.

§. 22.

Unbedeutender sind die übrigen in den Zweifelsgründen angeführten Argumente. Denn erlauben die Gesetze einem Schuldner die ihm angefallene Erbschaft zu jeder Zeit auszuschlagen, wenn dieses auch den Gläubigern zum Nachtheil gereichen sollte, so kann diese Handlung nicht als widerrechtlich angesehen werden. Es läßt sich auch kein Dolus bey dem annehmen, der sich seines Rechts bedient.

L. 55. D. de reg. iur.

Wie sollte nun, ohne offenbares Unrecht zuzufügen, eine rechtliche Handlung rechtlich gestraft werden können?

Carl Schwab über das unvermeidliche Unrecht. Stuttgard 1804. S. 307.

In dem vorliegenden Falle kommt noch der besondere Umstand hinzu, daß der Schuldner sich seines Antheils an der Erbschaft seiner verstorbenen Ehefrau zum Besten seiner Kinder begeben hatte, in welchem Falle selbst diejenigen, die sonst das Gegentheil behaupten, die Repudiation für gültig halten wollen, weil man hier annehmen muß, daß diese Handlung vom Schuldner mehr aus Zuneigung gegen seine Kinder, als in der Absicht, seine Gläubiger zu betrügen, unternommen worden sey.

S. BERGERI Oecon. iuris Lib. II. Tit. 2. Th. 34. Not. 21. pag. 319. edit. *Haubold.*

Die Regel, welche Papinian

L. 74. D. de reg. iur.

vorträgt, nämlich non debet alteri per alterum iniqua conditio inferri, findet hier keine Anwendung. Sie bezieht sich auf einen ganz andern Fall, nämlich wenn eine Parthey wider den Willen der andern die Jurisdiction prorogirt, wie man aus der Vergleichung der L. 5. D. de offic. Proconf. und L. 1. D. de offic. eius, cui mandata eft iurisdict. erfiehet, welche alle aus dem nämlichen

lichen *libro I. Quaestionum* PAPINIANI genommen sind, wie deren Ueberschrift deutlich lehrt.

Iac. GOTHOFREDUS in Comment. novo in Tit. Pandect. de diversis regulis iuris antiqui. *Genevae* 1653. pag. 325.

Ueberdem heißt auch hier *iniqua conditio* nicht jede Benachtheiligung und Verschlimmerung des Zustandes eines Andern, sondern es soll vielmehr eine wirkliche Verletzung des vollkommenen Rechts eines Andern dadurch ausgedrückt werden, wie

Gust. Bern. BECMANN in Diss. de debitore obaerato, in praeiudicium creditorum non adquirente. *Goettingae* 1774. §. 22. pag. 41.

sehr gründlich bemerkt hat.

§. 23.

Die übrigen Gesetze, welche die Unterlassung des Besitzes eben so wie die Aufgebung desselben bestraft wissen wollen, wenn sie zum Nachtheil eines andern geschehen ist, reden offenbar von unerlaubten Handlungen. Denn die *L. 1. §. 12. D. Si quis omissa causa test.* wo es heißt: non minus delinquere eum, qui non incipiat possidere, quam eum, qui desinat, bezieht sich auf das Edict, wodurch der Prätor die Arglist derer bestraft, welche zum Nachtheil der Legatarien die Erbschaft nach dem Testament ausschlagen, und sie ab intestato annehmen. Die L. 25. §. 8. D. de hered. petit. hingegen bezieht sich auf das Senatusconsultum, was unter

Hadrian wegen der Erbschaftsklage gegen diejenigen gemacht wurde, die sich ohne allen rechtlichen Grund fremde Erbschaften anmaßen. Ein solcher unrechtmäßiger Besitzer ist schlechterdings verantwortlich, sive dolo desierit possidere, sive dolo possessionem noluerit admittere. Dieses kann nun aber auf einen Schuldner, welcher während des Concurses eine Erbschaft ausschlägt, darum nicht angewendet werden, weil er hierdurch nicht widerrechtlich handelt. Daß ein Schuldner sowohl die natürliche als bürgerliche Verbindlichkeit auf sich habe, den Gläubigern das, was er ihnen schuldig ist, zu entrichten, hat seine Richtigkeit: allein daraus folgt doch noch nicht das Recht der Gläubiger, einen von dem Schuldner verstoßenen Erwerb von einem Dritten zu revociren, weil die Gesetze den Schuldner nur verbinden, sein Vermögen zum Nachtheil seiner Gläubiger nicht zu vermindern, keinesweges aber dasselbe zum Vortheil derselben zu vermehren.

§. 24.

Aus diesen Gründen sind daher die meisten und bewährtesten Rechtsgelehrten darin einverstanden, daß die von dem Schuldner während des Concurses geschehene Repudiation einer deferirten Erbschaft für zu Recht beständig allerdings zu halten sey, und von den Gläubigern nicht umgestoßen werden könne.

WERNHER Observat. for. Tom. I. P. I. Obs. 289.

VOET

VOET Comment. ad Pand. Lib. 42. Tit. 8. §. 16.

SANDE Decision. Frisicae Lib. III. Tit. 13. Definit. 3.

LEYSER Meditat ad Pand. Vol. VII. Specim. 492. medit. 1—4.

Böhmer in den auserlesenen Rechtsfällen 1. Bandes 2. Abth. Resp. 78. nr. 9. folgg. S. 605. ff.

MÜLLER in Observat. pract. ad *Leyserum* Tom. V. Fasc. II. Obs. 811.

Gust. Bernh. BECMANN Diss. de debitore obaerato in praeiudicium creditorum non acquirente. §. 27.

God. Lud. MENKEN Diss. de actione Pauliana. Lipsi. 1747. §. 12.

HOFACKER Princip. iuris civ. Rom. Germ. T. III. §. 4590. nr. I.

Frid. Alex. KÜNHOLD Diss. de repudiatione hereditatis a debitore moto concursu creditorum facta. Lipsiae 1724.

Danz Grundsätze der summarischen Processe § 113. Not. a

THIBAUT System des Pandectenrechts 1. Band. §. 719.

und ich halte daher in Absicht auf diese erste Frage den Rechten nach dafür:

daß der Gemeinschuldner allerdings befugt und im Stande gewesen sey, die ihm nach ausgebrochenem

Concurse zugefallene Erbschaft seiner Frau zu Gunsten seiner Kinder auszuschlagen, und daß daher die Gläubiger desselben diese Repudiation weder revociren, noch verlangen können, daß dieser Theil der Erbschaft zur Concursmasse gezogen werde.

§. 25.

Zweyte Frage.

Hatte der Gemeinschuldner dadurch, daß er diese Erklärung, er wolle nicht von seiner Ehefrau erben, ein Jahr nach ihrem Tode erst gethan hat, sich tacite immiscirt, und als Erbe gerirt, so daß er nun nicht mehr vermögend war, die Erbschaft auszuschlagen?

Da nach der

L. 19. Cod. de iure delib.

jedem Erben eine einjährige Frist gesetzt ist, welche vom Tage der Wissenschaft des Anfalls der Erbschaft zu laufen anfängt, binnen welcher er sich zu erklären hat, ob er die Erbschaft annehmen wolle oder nicht; so möchte es scheinen, daß wenn der Erbe diese Frist verstreichen läßt, ohne sich erklärt zu haben, die Erbschaft nun nicht weiter ausgeschlagen werden könne, sondern vielmehr für stillschweigend angetreten zu halten sey.

§. 26.

Allein zur stillschweigenden Antretung einer Erbschaft oder pro herede gestio werden bekanntermaßen

Hand-

Handlungen erfordert, welche von Seiten des Erben die Absicht, daß er Erbe seyn wolle, außer Zweifel setzen, und welche daher so beschaffen sind, *ut citra ius et nomen heredis fieri nequeant.*

L. 20. §. 4. D. de acquir. vel omitt. hered.

§. 7. I. de hered. qualit. et differ.

HOFACKER Princip. iur. civ. Tom. II. §. 1441.

Westphals Commentar über die Gesetze von Vorlegung und Eröfnung der Testamente von Annehmung und Ablehnung der Erbschaft §. 211.

Dergleichen Handlungen sind nun aber von Seiten des Gemeinschuldners nicht erweislich, und konnten auch um so weniger geschehen, da die Erbschaft seiner verstorbenen Ehefrau in deren eingebrachten Heyrathsgute besteht, welches dieselbe noch bey ihrem Leben selbst beym Concurs ihres Ehemanns liquidirt hatte, und die also mit dem übrigen Concursvermögen in gerichtlichen Beschlag genommen worden ist; es konnte folglich in Rücksicht derselben während des Concurses auf Seiten des Gemeinschuldners keine pro herede gestio Statt finden.

§. 27.

Hiernächst ist auch in der

L. 19. C. cit.

keinesweges verordnet, daß der Erbe, wenn er sich nicht binnen einem Jahre, nachdem er von dem Anfall

der Erbschaft Wissenschaft erhalten hat, erklärt, *ipso iure* Erbe werden solle. Zwar sind die Rechtsgelehrten über den Sinn dieses Gesetzes selbst nicht einverstanden, indem einige behaupten wollen, daß nach diesem Gesetz der Erbe, wenn er sich innerhalb eines Jahres von Zeit der Wissenschaft angerechnet nicht erklärt, die Erbschaft verliere.

THIBAUT Versuche über einzelne Theile der Theorie des Rechs, 2. Band Nr. 7. S. 189.

Allein richtiger ist wohl diejenige Erklärung, nach welcher der Erbe nur das ius deliberandi verliehrt, und folglich, wenn nach Ablauf jener Frist auf die Erklärung desselben gedrungen wird, er sich sogleich erklären muß, so daß er nun um keine Deliberationsfrist weiter ansuchen darf;

KOCH Diss. de herede deliberante. *Giessae 1783.* §. 8. 14.

Denn wie hätte sonst Kr. Justinian durch die neuere Constitution der

L. 3. C. de Edicto D. Hadriani toll.*)

verordnen können, daß dem Erben ohne alle Weitläuftigkeit zum Besitz der Erbschaft verholfen werden solle, wenn

*) Diese L. 3. C. de Ed. D. Hadr. toll. ist promulgirt worden post Consulatum Lampadii et Orestis a. C. 530. Hingegen die L. 19. C. de iure delib. Cons. Decio jun. d. i. ann. Chr. 529. S. Pet. RELANDI fasti Consular. Trajecti Batavor. 1715. 8. pag. 699.

wenn auch gleich seit der Zeit, da er gewußt, daß ihm die Erbschaft zugefallen, schon längst ein Jahr verstrichen ist.

Westphal in dem angef. Commentar §. 534. Es läßt sich also auch um so weniger behaupten, daß dem Erben das Recht, die Erbschaft auszuschlagen, nach Ablauf eines Jahres benommen sey, je bekannter es ist, daß ein Erbe, wenn ihn Niemand treibt, sich zu erklären, ganzer 30 Jahr deliberiren kann, ob er die Erbschaft annehmen solle, oder nicht.

HOFACKER Princip. iur. civ. Tom. II. §. 1449.

Höpfners Commentar über die Institutionen §. 548.

Eben so wenig läßt sich daher auch behaupten, daß der Erbe, der ein ganzes Jahr verstreichen lassen, ehe er sich erklärt hat, bloß um deswillen als ein solcher anzunehmen sey, der sich pro herede gerirt habe, zumal wenn ihn, wie in dem gegenwärtigen Falle, Niemand zur Erklärung aufforderte.

Ich bin daher in Ansehung der zweyten Frage der rechtlichen Meinung, daß der debitor communis dadurch, daß er die Erklärung, er wolle nicht von seiner Ehefrau erben, ein Jahr nach ihrem Tode erst gethan hat, sich keinesweges tacite als Erbe gerirt habe, folglich wohl befugt gewesen sey, die Erbschaft seiner Frau annoch auszuschlagen.

XLIV.

Ein Rechtsfall, betreffend die beyden Fragen, ob ein mit der Codicillarclausel versehenes Testament, worin der Sohn seinem Vater bloß ein Vermächtniß hinterlassen hat, gültig sey, und wie des Vaters Pflichttheil berechnet werden müsse?

---

§. 1.

Samuel Daniel Dreßel, ein Tuchmachergesell in Coburg, machte am 11ten März 1797. ein gerichtliches mündliches Testament, in welchem er seine leibliche Schwester, seinen Halbbruder und seine Halbschwester, beyde von mütterlicher Seite, zu Universalerben einsetzte. Wegen seines Vaters verordnete er, daß derselbe von des Testirers mütterlichen Vermögen, welches noch in seinen Händen war, blos ein Vermächtniß von 50 fränkischen Gulden bekommen soll. Dem Testament war übrigens die Codicillarclausel angehängt.

§. 2.

Diese letzte Willensmeinung wurde aus einem dreyfachen Grund angefochten. Der erste, daß der Testator noch minderjährig gewesen und in väterlicher Gewalt gestanden, war unbedeutend, denn der

Dreßel war zur Zeit des errichteten Testaments bereits 24 Jahre alt. Er hatte also die Jahre, in welchen er ein Testament machen konnte, überflüßig erreicht, und brauchte nicht majorenn zu seyn.

L. 5. D. qui testamenta facere possunt.

Höpfners Commentar über die Institutionen §. 467.

Sodann hatte der Verstorbene auf sein Verlangen und mit Zufriedenheit seines Vaters einen besondern Vormund erhalten, welchem der Vater vermöge einer gerichtlichen Auflage vom 1. Febr. 1796. alles und jedes zur fernern Administration abgeben sollte. Eben dadurch hörte der Sohn auf, ein filius familias zu seyn und war pro quasi emancipato anzusehen,

von Leyser's Medit. ad Pand. Vol. I. Spec. 21. med. 5.

Es stand also auch in dieser Hinsicht ihm kein Hinderniß im Wege, ein Testament zu machen.

§. 3.

Der zweyte Grund wurde aus den gerichtlich bestätigten Ehepacten vom 3. Jun. 1779. genommen, welche der Vater bey seiner zweyten Verehlichung errichtet hatte, und behauptet, daß der jüngere Dreßel über den ihm ausgesetzten mütterlichen Voraus zu disponiren gar nicht befugt gewesen sey. Es war nämlich in dem §. 3. der Ehepacten versehen, daß der mütterliche Erbantheil, wenn eines der drey Kinder

voriger Ehe vor den andern in der Minderjährigkeit verſterben würde, auf die überlebende leibliche Geſchwiſter und den Vater zu gleichen Theilen erblich verfallen ſoll. Man betrachtete den Verſtorbenen, als einen Mitcontrahenten bey dieſen Ehepacten, weil ſein damaliger Vormund mit contrahirt hat.

§. 4.

Indeſſen hatte doch der Verſtorbene über ſeinen mütterlichen Erbtheil das volle Eigenthum, indem nach dem §. 2. der Ehepacten, auf erfolgtes Ableben ſeiner Mutter, zwiſchen ihren zugebrachten Kindern, dem Vater und den mit derſelben erzeugten drey Kindern eine Grundtheilung gemacht, der Erbantheil eines jeden Kindes beſtimmt, und dem Vater lediglich die Nutznieſung vorbehalten worden. Selbſt in dem Falle, wenn der Verſtorbene über ſeinen mütterlichen Erbtheil, oder Voraus, vor erreichtem 25ſten Jahre nicht hätte teſtiren können, war doch der Vater nicht befugt aus dieſem Grunde das Teſtament, als nichtig anzufechten, ſondern er konnte nur ſeinen Antheil an dem Voraus mit der actione, ſi pars hereditatis petatur, fordern. Es war aber das ganze Vorgeben, als wäre durch den §. 3. der Ehepacten dem Verſtorbenen die Befugniß während ſeiner Minderjährigkeit über ſeinen mütterlichen Erbtheil zu teſtiren, entzogen worden, völlig ungegründet. Die befragte Stelle hat keinen andern, als dieſen Sinn, daß des

Verstorbenen mütterlicher Erbtheil alsdann an seinen Vater und seine leiblichen Geschwister fallen soll, wenn er ohne Testament, oder ehe er die Testamentsmündigkeit erlangt, versterben würde. Denn eine jede rechtliche Handlung muß so erklärt werden, daß sie nicht mit den Gesetzen in Widerspruch steht.

Horns praelectiones de interpretatione iuridica Cap. 2. §. 16.

Rettelbladts introductio in iurisprudentiam positivam Germanorum communem §. 562.

Dieses würde aber geschehen, wenn man den §. 3. der Ehepacten so auslegen wollte, daß dem Verstorbenen dadurch die Befugniß während seiner Minderjährigkeit über seinen mütterlichen Erbtheil zu testiren, genommen worden sey. Die testamenti factio ist iuris publici.

L. 3. D. qui testamenta facere possunt.

Das nach den Gesetzen dem Verstorbenen gebührende Recht ein Testament zu machen, sobald er die hierzu erforderlichen Jahre erreicht hat, konnte ihm durch den Ehevertrag weder von seinem Vater, noch von seinem Vormund entzogen werden. Die erfolgte obrigkeitliche Bestätigung ändert in der Sache nichts, da eine ungültige Handlung durch die gerichtliche Bestätigung nicht gültig wird.

von Leyser Med. ad Pand. Vol. I. Sp. 40. med. 7.

von Cramers Observat. iuris universi Tom. II. P. I. Obs. 463. §. 10.

Der dritte und scheinbarste Grund war aber dieser, daß der Sohn gegen die gesetzliche Vorschrift

L. 15. pr. D. de inofficioso testamento Nov. 115. Cap. 4.

seinen Vater nicht einmal mit dem Pflichttheil zum Erben eingesetzt, oder aus einer rechtmäßigen Ursache enterbt, sondern nur mit einem Legat bedacht und also übergangen hat. Es konnte nichts hindern, daß die dem Vater legirte Funfzig fränkische Gulden, dem Vorgeben nach den Pflichttheil erschöpfen sollten. Der Vater war demungeachtet übergangen, indem unter der Uebergehung eine jede Testamentsverordnung verstanden wird, welche in Ansehung derer, denen der Pflichttheil gebühret, weder Einsetzung, noch Enterbung ist.

Westphals Theorie des römischen Rechts von Testamenten §. 428.

Der Pflichttheil muß ferner den Eltern nothwendig titulo institutionis hinterlassen werden, und es ist nicht hinlänglich, wenn solcher per modum legati vermacht wird.

Reinharths Observat. ad Christinaei decisiones Vol. I. Obs. 71.

Daneben behaupten verschiedene Rechtslehrer, daß ein Testament, worin die Kinder, oder Eltern übergangen sind, nicht bestehe, wenn gleich demselben die Codicillarclausel angehängt worden ist.

FACHINEI Controvers. iuris Lib. IV. Cap. II.

Carp-

Carpzovs Iurisprud. forenſ. P. III. Conſt. 9. Def. 12.

Brunnemanns Comment. in Pand. Lib. V. Tit. 2. ad L. 13. de inoff. teſtam.

Wiſſenbachs Exercit. ad Pand. Diſp. 59. §. 20.

Strubens Rechtliche Bedenken 1. Th. Bed. 87. §. 6.

Es verdient aber doch die von den meiſten Rechtsgelehrten angenommene Meinung, daß ein Teſtament, worin der Vater übergangen worden, durch die angehängte Codicillarclauſel als ein Fideicommiß in der Maaße aufrecht erhalten wird, daß der Vater den Pflichttheil bekommt und die übrige Verlaſſenſchaft den eingeſetzten Teſtamentserben überlaſſen muß, mehr Beyfall.

VOETII Commentarius ad Pandectas Lib. V. Tit. 2. §. 14.

ZOESII Comment. ad Digeſta Lib. 29. Tit. 7. num. 9.

Struvs Syntagma iuris civilis Exerc. 34. §. 65.

Stryks tract. de ſucceſſione ab inteſtato Diſſ. I. Cap. I. §. 22.

Hubers praelect. ad Inſtit. iuris civilis Lib. 2. Tit. 25. §. 5.

von Bergers Oeconomia iutis Lib. 2. Tit. 4. §. 36. not. 1.

Böhmers introductio in ius Digeſtorum. Lib. 29. Tit. 7. §. 7.

Hellfelds iurisprudentia forenſis §. 1516.

Hofackers principia iuris civilis Tom II. §. 1576.

Meditationen über verſchiedene Rechtsmaterien von zweyen Rechtsgelehrten 3. B. Med. 113.

Denn da dieſe Clauſel das Teſtament in ein Codicill verwandelt, in einem Codicill aber keine Erbeinſetzung geſchehen kann, ſo kann ſolches auch aus dem Grund, daß ein Notherbe übergangen worden, nicht angefochten werden.

Walchs Introductio in controverſias iuris civilis Sect. 2. Cap. 4. Membr. §. 3.

Auf dieſe Art wird der letzte Wille des Verſtorbenen erhalten, welches ganz der Abſicht der Geſetze gemäß iſt.

Struks Uſus modernus Pand. Lib. 29. Tit. 7. §. 12.

Da es von dem freyen Willen eines Teſtirers abhängt, ſeinen Notherben, der ihn ab inteſtato ſuccedirt, mit einem Fideicommiß zu beſchwehren, ſo iſt es ganz einerley, ob ſolches in einem beſondern Codicill, oder in einem Teſtament geſchieht, welches als ein Codicill gelten ſoll.

von Wernhers Select. Obſerv. forenſ. Tom. I. P. 1. Obſ. 279. num. 17. ſpp.

Der übergangene Vater kann auch nicht über Unbilligkeit klagen. Denn er erhält ſeinen Pflichttheil, womit

mit er sich hätte begnügen müssen, wenn ihn der Sohn darin zum Erben eingesetzt hätte.

Stryks tract. de cautelis testamentorum Cap. 23. §. 39.

§. 7.

Aus diesen Gründen wurde der in der ersten Instanz ertheilte Bescheid, daß das Testament zu Recht nicht beständig und der Nachlaß nach Maasgabe der Ehepacten und der Statutarischen Rechte ab intestato zu vertheilen sey, auf eingewandte Läuterung, durch ein Facultätsurtheil im Febr. 1799. dahin abgeändert, daß das befragte Testament für schlechterdings ungültig nicht zu achten, sondern als ein Codicill beständig, und der Vater mit dem, was ihm zum Pflichttheil gebührt, sich zu begnügen, die übrige Verlassenschaft aber den eingesetzten Erben und die Vermächtnisse den Legatarien, nach dem Inhalt des Testaments zu überlassen schuldig.

§. 8.

Ob der Vater nach den bekannten Texten des canonischen Rechts

Cap. 16. und 18. X. de testament.

wenn das Testament, worin er übergangen worden, durch die Codicillarclausel, als ein Fideicommiß erhalten wird, nicht befugt sey, außer dem Pflichttheil, auch noch die Trebellianische Quart abzuziehen? ist

aber.

abermals eine streitige Frage, die von einigen verneint wird, weil die Texte nur von Kindern sprechen.

VOETII Comment. ad Pand. Lib. V. Tit. 2. §. 16.

Andere bejahen sie nach dem Sinn des canonischen Rechts

Glücks Erläuterung der Pandecten VII. Th. I. Abth. S. 155. und die in der Note 97. angeführte Schriftsteller.

Allein in den Acten über den gegenwärtigen Fall kam die Frage gar nicht zur Sprache und man trug Bedenken, Amtshalber diesen im Rechte zweifelhaften Punkt zu berühren.

XLV.

Von dem Pflichttheil des im Testament übergangenen Vaters und wie solcher zu berechnen.

§. 9.

Nun war noch die Frage zu entscheiden übrig, wie der Pflichttheil des Vaters zu berechnen sey? der Verstorbene hatte nämlich außer dem Vater und der leiblichen Schwester, die er zur Miterbin eingesetzt hatte, noch einen abwesenden vollbürtigen Bruder, welchen er auch im Testament bedacht hatte. Der Vater glaubte, daß unter dem ihm gebührenden Pflichttheil

der

der dritte Theil der ganzen Verlassenschaft zu verstehen wäre. Verschiedene Rechtslehrer sind auch in dieser sehr bestrittenen Materie der Meinung, daß der Pflichttheil nach dem neuern römischen Recht aus der ganzen Verlassenschaft zu berechnen sey.

S. die in Steins Versuch einer theoretisch-praktischen Abhandlung über die Lehre des römischen Rechts von pflichtwidrigen Testamenten §. 50. not. *a*) angeführten Rechtslehrer.

Hierzu kam, daß in dem vorliegenden Fall fremde Personen, nämlich des Testirers Halbgeschwister mit zu Erben eingesetzt worden. Der Vater bezog sich deshalb auf die Novelle 18. Cap. I. und auf einige Rechtslehrer.

Schilters praxis iuris romani inforo germanico Exerc. XIV. §. 82.

Hellfelds iurispr. for. §. 544. not. *f*.

§. 10.

Allein der Pflichttheil ist blos ein Theil der Intestaterbportion. Justinian selbst nennt die Legitimam Nov. I. Cap. I. §. 1. id, quod lex pro quarta *parte ab intestato* ipsi dari promittit und Nov. 22. Cap. 48. den Pflichttheil der Kinder *portionem ab intesta-to*, quae omnino liberis relinquenda est. Dieser Pflichttheil bestand seit der Lege falcidia in dem vierten Theil desjenigen, was der Notherbe ab intestato würde bekommen haben.

Glücks Erläuterung der Pandecten VII. Th. I. Abth. §. 544.

Nun hat zwar Justinian in der Nov. 18. die Grösse des Pflichttheils erhöhet, im übrigen aber den Grundsatz des ältern Rechts, daß derselbe ein Theil der Intestaterbportion seyn soll, nicht abgeändert.

Glücks Diss. de constituenda legitimae portionis parentum quantitate ad Nov. 18. Cap. I. §. 11. 12. in Opusc. Fasc. III.

Westphals Theorie des römischen Rechts von Testamenten §. 394. [a]

Struvs Syntagma iuris civil. Exerc. 10. §. 32.

von Cocceji ius civile controversum Lib. 5. Tit. 2. Qu. 18.

Stein a. a. O. §. 50.

Bewährte Rechtslehrer bezeugen auch, daß diese Meinung in der Praxis angenommen sey.

von Wernher Sel. Obs. for. Tom. I. P. 3. Obs. 82. num. 2.

Reinharths Observ. ad Christinaei Dec. Vol. I. Obs. 54.

von Pufendorf Observ. iuris univ. Tom. III. Obs. 171.

§. 10.

Daß der Pflichttheil, wenn eine fremde Person zum Erben eingesetzt wird, nach der ganzen Verlassenschaft zu bestimmen sey, ist weder in der Nov. 18. Cap.

Cap. 1. noch in andern Gesetzen gegründet. Zwar bezieht sich Hellfeld auf die Nov. 39. Cap. 1. und auf die Nov. 92. praef. und Cap. 1. Allein aus der ersten ist nur soviel zu ersehen, daß in dem Falle, wenn eine Erbschaft an einen Fremden abgetreten werden soll, der Kinder legitima, welche pro numero liberorum, vel tertia vel dimidia pars ist, unverletzt bleiben soll. Die andere wiederholt das nämliche in Beziehung auf unmäßige einem, oder etlichen Kindern gemachte Schenkungen. In dem vorliegenden Testament hat überdieß der Testator nicht blos seine Halbgeschwister, sondern auch seine vollbürtige Schwester zu Erben eingesetzt. Wenn der Pflichttheil des Vaters in dem Drittel der ganzen Verlassenschaft bestehen sollte, so müßte er der alleinige Intestaterbe des Verstorbenen gewesen seyn. Dieser hatte aber, wie schon angeführt worden, außer seinem Vater noch zwey vollbürtige Geschwister hinterlassen. Nun gewinnt die Sache eine andere Gestalt, wenn mit dem, der zum Pflichttheil berechtiget ist, noch andere concurriren, welche mit ihnen zugleich ab intestato geerbt haben würden.

Stein a. a. O. S. 214.

§. 12.

Bey bestimmung des dem Vater gebührenden Pflichttheils konnten zwar des Testators Halbgeschwister in keinen Anschlag kommen, weil diese, wenn der

Verstorbene Eltern und vollbürtige Geschwister hinterlassen, kein Succeßionsrecht ab intestato **haben.**

Kochs Successio ab intestato civilis §. 79.

Glücks Erörterung der Lehre von der Intestaterbfolge S. 384.

Wohl aber kamen die vollbürtige Geschwister in Berechnung.

Glück cit. diss. §. 20.

Da nun deren zwey waren, so konnte des Vaters Pflichttheil nicht in dem dritten Theil der ganzen Verlassenschaft, sondern nur in dem Drittel dessen bestehen, was der Vater ab intestato **bekommen haben würde, nämlich in dem Drittel von dem dritten Theil der ganzen Verlassenschaft.**

XLVI.

Wegen eines begangenen Ehebruchs wird eine Ehe nicht ipso iure aufgelößt, sondern erst durch richterliche Scheidung getrennt. Stirbt daher der unschuldige Ehegatte vor angestellter Ehescheidungsklage, so können die Erben desselben nicht weiter auf die Strafe der Privation klagen.

Urtheil.

Auf Klage, vorgeschützte Einreden und weiter erfolgte rechtliche Verhandlungen in Sachen Johann Nicolaus und Johann Peter Gebrüder Käſtner zu Heinersdorf, Kläger an einem, wider Johann Nicolaus Meißnitzer zu Crispendorf, Beklagten am andern Theile, puncto hereditatis petitionis, so Uns in den diesfalls ergangenen Acten zur Ertheilung eines Rechtsspruchs zugesendet worden, erkennen Wir nach deren fleißiger Verlesung und collegialisch gepflogener Erwägung für Recht:

Daß der Kläger Suchen nicht Statt hat, und daher Beklagter von der wider ihn angestellten Klage zu entbinden. Es sind auch Kläger die durch diesen Prozeß verursachte Unkosten nach deren vorgängigem Ansatze und richterlicher Ermäßigung dem Beklagten

zu erstatten schuldig; dahingegen die Versendungskosten von beyden Theilen gemeinschaftlich zu entrichten sind. V. R. W.

Gründe.

Die Kläger setzen nämlich den Grund ihrer Klage darin: der Beklagte habe sich laut der deshalb ergangenen Untersuchungs-Acten mit der verwittweten W. eines Ehebruchs schuldig gemacht. Durch diese grobe Verletzung der seiner verstorbenen Frau zugesagten ehelichen Treue sey das zwischen ihnen geknüpft gewesene eheliche Band gänzlich aufgelößt worden. Die Verstorbene habe auch bey ihrem Leben dem Beklagten nicht verziehen, sondern vielmehr über seine tyrannische selbst lebensgefährliche Behandlung und Drohungen gerichtliche Beschwerde geführt. Beklagter habe sich also hierdurch seines Erbrechts auf den Nachlaß seines verstorbenen Eheweibes verlustig gemacht, welcher nun also den Klägern, als Brüdern der verstorbenen Ehefrau des Beklagten, und nächsten gesetzlichen Erben gebühre.

Die Gründe ihres klagbar gemachten Erbanspruchs sind demnach folgende.

1) Durch den Eheburch werde an sich schon das eheliche Band gänzlich aufgelößt, wenn gleich die Ehe durch richterliches Erkenntniß nicht geschieden worden sey. Zur Rechtfertigung dieser Behauptung führen

Klä-

Kläger an, die gänzliche Auflösung des ehelichen Bandes durch Ehebruch liege schon in der Bedeutung des Worts Ehebruch selbst, und auch im Begriff von Ehe, zu deren wesentlichen Stücken die eheliche Treue gehöre. Besonders aber werde ihre Behauptung durch die Gesetze selbst bestätiget.

Denn nach

Cap. 4. X. de donat. inter vir. et uxor.

verliere eine Ehefrau, welche sich des Ehebruchs schuldig gemacht hat, ihr Heyrathsgut, wenn gleich die richterliche Scheidung nicht erfolgt ist. Nur dann falle diese Strafe weg, wenn der Unschuldige dem Schuldigen verziehen hat. Hieraus ergebe sich, daß durch die Ehescheidungs-Sentenz des Richters die Ehe nicht erst getrennt, sondern, wie

LEYSER in Meditat. ad Pandect. Vol. IX. Specim. 579. medit. 20.

sagt, nur erklärt werde, daß die Ehe durch den Ehebruch bereits aufgelößt sey. Die Remission hingegen knüpfe das eheliche Band wieder an. Alles dieses beweise hinlänglich, daß der Ehebruch der alleinige Grund sowohl zur Scheidung als zum Verlust des statutarischen oder gesetzlichen Erbrechts sey, wie insonderheit auch

I. H. BOEHMER in Diss. de privatione dotis et successionis statutariae ex capite adulterii. Cap. II. §. 2.

gezeigt habe.

Alles komme demnach im gegenwärtigen Falle darauf an, ob die Verstorbene ihrem Ehemanne, dem Beklagten, den begangenen Ehebruch verziehen habe. Nun aber sey

2) eine solche Remission nicht geschehen, und könne auch aus dem erfolgten Tode derselben nicht präsumirt werden, da des Beklagten verstorbene Ehefrau Inhalts der beygelegten Untersuchungs-Acten fol. 5[b] sich wegen des von ihrem Ehemanne begangenen Ehebruchs vor Gericht beklagt, und sich die Erklärung, ob sie demselben condoniren, und ihn ferner als ihren Ehemann erkennen wolle, nicht nur ausdrücklich vorbehalten, sondern auch über lebensgefährliche Behandlung ihres Ehemanns Beschwerde geführt, und deshalb um richterlichen Schutz gebeten habe. Hieraus erhelle also offenbar, daß sie ihm nicht verziehen habe. Nur bey der Injurienklage sey es wahr, daß der erfolgte Tod des Beleidigten eine Verzeihung vermuthen lasse, wenn die Klage bey dessen Lebzeiten nicht angestellet worden. Hiervon sey aber auf die Ehescheidungsklage kein Schluß zu machen.

Ausserdem sey ihr Klagerecht noch insonderheit

3) durch die Churſächsischen Constitutionen begründet, als welche in den Fürstl. Reußischen Landen älterer Linie durchgehends recipirt wären. In diesen werde nämlich

Part. IV. Const. 21.

gesagt, daß die Erben des Mannes das Einbringen der Frau behielten, wenn der Mann bey seinem Leben des Weibes Ehebruch gewußt, darüber geeifert, und das Weib ausgetrieben, oder sich dessen beklagt habe, jedoch mit dem Tode übereilt worden sey. Nun habe in dem gegenwärtigen Falle des Beklagten verstorbene Ehefrau über ihres Ehemannes Ehebruch wirklich geeifert, indem sie sich besage der deshalb verhandelten Untersuchungs-Acten darüber vor Gericht beklagt, und nur durch ihren Tod sey sie an der fernern Verfolgung des ihr zustehenden Rechts verhindert worden.

Allein folgende Gründe stehen den Klägern entgegen, welche die von ihnen erhobene Klage, als völlig grundlos und unstatthaft darstellen.

1) Wird eine Ehe wegen einer solchen Ursache, weshalb auf Ehescheidung geklagt werden kann, nie ipso iure, sondern erst durch richterliche Scheidung aufgehoben;

LAUTERBACH Colleg. theor. pract. Pandect. Lib. XXIV. Tit. 2. §. 10.

HOFACKER Princip. iuris civ. Rom. german. Tom. I. §. 404.

auch selbst der Ehebruch lößt das eheliche Band nicht ipso iure auf, sondern giebt nur eine rechtmäßige Ursache zur Trennung der Ehe.

LAUTERBACH cit. loc. Tit. 3. §. 20.

Ge. Lud. BOEHMER Princip. iuris canon. §. 410. not. a.

Nun aber hat

2) die beleidigte Ehefrau des Beklagten weder selbst auf Ehescheidung geklagt, noch bey ihrem Leben erklärt, daß sie sich ihres Rechts bedienen wolle, sondern sich laut beygelegter Untersuchungs-Acten fol. 5[b] die Erklärung, ob sie ihrem Ehemanne verzeihen, und ihn ferner als ihren Ehemann erkennen wolle, vorbehalten. Es muß folglich, da sie die Ehe mit ihm bis an ihren Tod fortgesetzt hat, nach rechtlicher Vermuthung angenommen werden, daß sie ihm verziehen habe.

MALBLANC Princip. iuris Romani sec. ord. Digestor. Part. II. Sect. ult. §. 643. pag. 729.

Gesetzt aber auch,

3) des Beklagten Ehefrau habe sich ihres Rechts nicht begeben, sondern dasselbe vielmehr durch Vorbehalt zu erhalten gesucht, so ist doch bekannt, daß das Recht, welches dem unschuldigen Ehegatten wegen Ehebruchs des andern Theils zusteht, nicht auf die Erben übergeht.

Hofmanns Handbuch des teutschen Eherechts §. 88. S. 306.

Nun haben aber Kläger offenbar auf eine Strafe der Privation geklagt, indem sie den Beklagten von dem einem Ehemann zustehenden Erbrecht auf dem Vermögen seiner Frau auszuschliessen suchen. Solche Privationsstrafen können bekannten Rechten nach weder durch die Erben des unschuldigen, noch gegen die Erben

ben des schuldigen Theils durch eine Klage verfolgt werden, wenn der verstorbene unschuldige Theil die Klage nicht schon präparirt hatte.

L. 15. §. 1. D. Soluto matrim.

MEVIUS Tom. II. Part. VII. Decis. 164.

Iac. Frid. LUDOVICI Diss. de successione coniugis deferentis. Halae 1713. §. 30.

HOFACKER Princip. iuris civ. Tom. I. §. 497.

THIBAUT System des Pandectenrechts 1. Band §. 439. oder §. 470. nach der 2ten verb. Aufl.

Denn eines Theils ist dergleichen Persecution als eine actio vindictam spirans anzusehen, und Klagen dieser Art können nie von den Erben angestellet werden;

§. 1. I. de perpet. et tempor. actionib.

L. penult. D. de in ius voc.

L. 7. C. de revoc. donat.

CARPZOV P. III. Constit. 26. Def. 13.

MALBLANC Princip. iur. Rom. P. II. Sect. poster. §. 643. p. 729.

andern Theils aber haben auch höchst wahrscheinlich die Gesetze jene Privationsstrafen, welche eine Trennung der Ehe wegen Ehebruchs nach sich zieht, darum festgesetzt, um den Unschuldigen wegen der aus der Aufhebung der Ehe von selbst folgenden Aufhebung der gesammten Wirkungen derselben zu entschädigen.

THIBAUT in dem angef. System 1. B. §. 440. oder §. 471. der neuen Aufl.

Sie können also schon darum durch die Erben des

unschuldigen Theils nicht verfolgt werden, weil bey denselben jener Grund nicht Statt findet. Wollte man

4) behaupten, Beklagter habe sich des Erbrechts an dem Vermögen seiner verstorbenen Frau sowohl durch die gegen sie geständlich verübten Thätlichkeiten, als durch den begangenen Ehebruch schon an sich unwürdig und also verlustig gemacht, so müßte ein Gesetz vorhanden sey, welches den eines solchen Verbrechens schuldigen Ehegatten für unwürdig erklärt, und ihn von der Erbschaft des verstorbenen unschuldigen Theils ausschließt. Allein die gemeinen Rechte enthalten eine solche Verordnung nicht, wie schon

LEYSER in Meditat. ad Pand. Vol. VI. Specim. CCCXCVIII. med. 10.

und

HAUBOLD ad Bergeri Oeconom. iuris. Tom. I. pag. 557. not. *q*.

gezeigt haben. Das römische Recht setzt wenigstens immer Ehescheidung, als Bedingung voraus, wenn die damit verknüpfte Strafen der Privation eintreten sollen.

L. 19. D. de Verb. Obligat. Nov. 117. cap. 8. HOFACKER Tom. I. §. 495. et not. *a*.

Und hier kann denn ohnehin von keiner weitern Erbfolge unter den Ehegatten die Rede seyn, weil der Grund derselben, nämlich die Ehe, aufgehoben ist.

HOFACKER c. l. §. 494. in fine

Wenn

Wenn nun gleich das canonische Recht

cap. 10. X. de consuetud.

cap. 4. X. de donat. inter vir. et uxor.

die Strafen der Privation wegen eines begangenen Ehebruchs bestätiget, ohne deshalb ein totales divortium in Absicht auf das Band der Ehe zuzulassen; so läßt sich doch daraus noch keinesweges folgern, daß dasselbe den Verlust des Erbrechts zur unmittelbaren Folge des Ehebruchs gemacht habe.

Es wird vielmehr, wenn die Strafe der Privation eintreten soll, auch im canonischen Recht als Bedingung vorausgesetzt, daß eine Separation vom Tisch und Bett, welche die Stelle des divortii vertritt, geschehen sey, sie sey nun entweder iudicio ecclesiae erkannt, oder oder propria voluntate des schuldigen Theils geschehen, wie in dem

cap. 4. cit.

ausdrücklich gesagt wird, und daß auch nachher keine Aussöhnung erfolgt sey; welches also auf den gegenwärtigen Fall um so weniger Anwendung leidet, da Beklagter die Ehe mit seiner Frau bis an deren Tod fortgesetzt hat.

Nicht zu gedenken, daß selbst in dem Falle, da keine Aussöhnung erfolgt ist, den Erben des unschuldigen Theils in jenen Texten des Canonischen Rechts doch nur eine Einrede gestattet wird, um den schuldigen Ehegatten zurückzuweisen, wenn dieser auf die

XLVII.

Ist derjenige, bey welchem ausgepfändete Sachen eines Schuldners wider seinen Willen, jedoch auf Befehl des Richters, eingestellet und in Sicherheit gebracht worden sind, im Falle einer geschehenen Entwendung derselben, zu deren Ersatz verbunden?

---

§. 1.

Wilhelm Hauskiel zu Conzenheim wurde wegen einer dem Schutzjuden Kallmann Rothschild zu Homburg schuldigen Summe, wofür der Nagelschmidmeister Philipp Jacob Marx Bürgschaft geleistet hatte, ausgepfändet. Es wurde ihm nämlich, außer seinem Strumpfwirkerstuhl, auch noch eine Kiste mit Kleidungsstücken und leinenen Tuche genommen, und diese auf richterlichen Befehl bey Heinrich Rühl zu Conzenheim, bey welchem der Schuldner zur Miethe wohnte, als Wirth, seiner Protestation ungeachtet, eingestellt. Diese Kiste, welche unverschlossen und auch so beschaffen war, daß sie nicht verschlossen werden konnte, wurde einige Zeit nachher von des Schuldners Ehefrau in Rühls Abwesenheit ausgeplündert. Deswegen klagten nun der Jude Kallmann Rothschild, und der Schmidtmeister Marx gegen den Wirth Rühl, bey dem

Fürstl. Landesjustizamt zu Homburg dahin, daß er sie zu entschädigen schuldig sey.

§. 2.

Noch an dem nämlichen Tage, an welchem die Klage war angestellet worden, wurde nach einem kurzen Verfahren unterm 24. May 1802. vom Amte folgender Bescheid eröfnet:

„Daß Beklagter schuldig sey, die Kläger wegen dessen, was Wilhelm Hauskiel nach dem Verkauf seines auch ausgepfändeten Strumpfwirkerstuhls und der wenigen noch in der Kiste befindlichen Sachen an den Kallmann Rothschild noch schuldig bleiben wird, vollkommen zu entschädigen. Es bleibe ihm jedoch unbenommen, die nöthigen Maasregeln gegen die Wilhelm Hauskielischen Eheleute zu erwirken."

§. 3.

Beklagter wandte dagegen die Appellation an die Regierung ein. In seiner Justificationsschrift beschuldiget derselbe 1) den Mitkläger Kallmann einer Collusion mit dem Schuldner. Er führt nämlich an, daß in der Kiste leinenes Tuch gewesen, welches den Hauskielischen Eheleuten zum Bleichen übergeben worden, und welches daher auf jeden Fall den Eigenthümern hätte zurückgegeben werden müssen. Dies sey dem Kallmann wohl bekannt gewesen, weshalb er

so

so wenig auf die Verwahrung der Kiste, als auf den Verkauf der darin befindlich gewesenen Sachen gedrungen, sondern selbige so lange stehen gelassen habe, bis die Hauskielischen Eheleute seinen Wunsch erfüllt, und die Kiste ausgeleert hätten, um sich nachher an ihn, den Appellanten, halten zu können. 2) Habe Appellant auch gleich Anfangs gegen die Einstellung der Kiste in sein Haus protestirt, welches er mit Zeugen, dem Heinrich Wagner und Johann Will, beweisen könne, und den Soldaten, durch welche die Auspfändung des Schuldners geschehen sey, vorgestellet, daß dergleichen ausgepfändete Mobilien nicht in sein, sondern des Schultheisen Haus gehörten, wohin sie jene Kiste bringen möchten. Allein seine Vorstellungen wären vergebens gewesen. Er beruft sich endlich noch 3) auf die dort recipirte Hessen Darmstädtische Prozeßordnung

P. 1. Tit. 8. §. 4.

wo es heißt:

„daß die ausgepfändeten Stücke an verwahrliche Orte, nämlich das Vieh in ein Wirthshaus, andere Mobilien aber in ein Amt- oder Rathhaus gebracht, daselbst jenes drey, diese vierzehen Tage gelassen, und immittelst dem debitori, ob er solches durch Zahlung oder Lieferung des Iudicati lösen wolle, zum Belieben gestellt, nach Ablauf dieser Zeit aber alles ohne längere Nachsicht an den Meistbietenden öffentlich verkauft werden soll."

Dieser

Dieser Vorschrift sey kein Genüge geschehen, er sey also auch auf keine Weise verbunden, für die ausgepfändeten Sachen haften zu müssen. Er bat daher um ein reformatorisches Erkenntniß.

§. 4.

In dem Berichte, mit welchem die Acten abgefordert wurden, führt das Amt an, daß in dem libello gravaminum ganz andere Umstände seyen vorgetragen worden, als in den Voracten enthalten wären, und daß diese nichts releviren könnten. Daß fremde Sachen in der Kiste gewesen, sey nicht glaublich, da von den Hauskielischen Eheleuten mehrmals supplicirt, und vorgestellt worden, daß in der Kiste ihr ganzes Vermögen bestehe. Die Appellanten hätten sich überdem alle Mühe gegeben, die ausgepfändeten Sachen verkaufen zu lassen, wären aber durch das Suppliciren der Schuldner immer daran gehindert worden. Erwäge man nun ferner, daß Appellant so wenig beym Amte als beym Ortsschultheisen von der geschehen seyn sollenden Kistenausleerung Anzeige gemacht, und daß die von ihm angeführte Stelle aus der Darmstädtischen Proceßordnung auf den Ort Gonzenheim nicht passe, sondern eine conträre Observanz dort Statt finde, so werde hierdurch das appellantische Schreibewerk seine abhelfliche Maaße erhalten haben.

§. 5.

In der Exceptionsschrift bringen die Appellaten vor, daß die auf amtlichen Befehl ausgepfändeten Sachen wegen Mangel eines Rathhauses in die Wohnung des Appellanten, als eine Wirthsbehausung, hätten gebracht werden müssen. Er sey also solche zu verwahren schuldig gewesen, und müsse wegen dieser Unterlassung den Appellaten allen Schaden ersetzen. Denn er sey schuldig gewesen, die Kiste, sobald solche in seine Behausung durch die obrigkeitlich bestellten Executoren gebracht worden, seiner angeblichen Protestation ungeachtet, an einen verwahrlichen Ort in seinem Hause um so mehr zu bringen, weil solche nicht verschlossen und versiegelt war. Auf ihn, den Mitappellaten Kallmann, könne kein Verdacht eines Dolus fallen, weil er sich auf jeden Fall an den Mitappellaten, als Bürgen, halten könne. Er habe auch mehrmalen um die Versteigerung mündlich nachgesucht. Die Beschuldigung einer Nachläßigkeit habe daher keine Statt. Auch sey die Darmstädtische Prozeßordnung dort nicht in Observanz. Aus dem Benehmen des Appellanten ergebe sich hingegen, daß er ex culpa lata oder vielmehr dolo auf die Sachen nicht Achtung gegeben habe.

§. 6.

Es wurde nun hierauf von der Regierung am 18. Jun. 1803. folgendes Urtheil publicirt:

„Daß

„Daß in erster Instanz wohl gesprochen, übel appellirt, und daher sententia a qua pure zu confirmiren, Appellant auch in alle Kosten dieser Instanz zu condemniren, jedoch demselben der binnen vier Wochen a dato anzutretende Beweis, wieviel die ausgepfändeten Sachen werth gewesen, vorzubehalten sey, worauf sodann weiter erfolgen soll, was Recht ist."

§. 7.

Appellant wandte gegen dieses Erkenntniß das remedium transmissionis Actorum in vim revisionis ein. Es wurde jedoch demselben ob defectum summae revisionis nicht deferirt. Appellant ergriff nunmehr das remedium restitutionis in integrum verbunden mit der querela nullitatis, und hierauf wurde dem Appellanten zur Einbringung des Restitutionslibells eine Frist von 14 Tagen anberaumt.

§. 8.

Appellant übergab nun mit seinem Restitutionslibell, in welchem er die drey Fragen ausführlich erörtert:

1) ob hier ein contractus depositi vorhanden sey?

2) ob er sich, wenn er auch ja als Depositar zu behandeln wäre, eines doli oder culpae latae schuldig gemacht? und

Hadrian wegen der Erbschaftsklage gegen diejenigen gemacht wurde, die sich ohne allen rechtlichen Grund fremde Erbschaften anmaßen. Ein solcher unrechtmäßiger Besitzer ist schlechterdings verantwortlich, sive dolo desierit possidere, sive dolo possessionem noluerit admittere. Dieses kann nun aber auf einen Schuldner, welcher während des Concurses eine Erbschaft ausschlägt, darum nicht angewendet werden, weil er hierdurch nicht widerrechtlich handelt. Daß ein Schuldner sowohl die natürliche als bürgerliche Verbindlichkeit auf sich habe, den Gläubigern das, was er ihnen schuldig ist, zu entrichten, hat seine Richtigkeit: allein daraus folgt doch noch nicht das Recht der Gläubiger, einen von dem Schuldner verstoßenen Erwerb von einem Dritten zu revociren, weil die Gesetze den Schuldner nur verbinden, sein Vermögen zum Nachtheil seiner Gläubiger nicht zu vermindern, keinesweges aber dasselbe zum Vortheil derselben zu vermehren.

§. 24.

Aus diesen Gründen sind daher die meisten und bewährtesten Rechtsgelehrten darin einverstanden, daß die von dem Schuldner während des Concurses geschehene Repudiation einer deferirten Erbschaft für zu Recht beständig allerdings zu halten sey, und von den Gläubigern nicht umgestoßen werden könne.

WERNHER Observat. for. Tom. I. P. I. Obs. 289.

VOET

VOET Comment. ad Pand. Lib. 42. Tit. 8. §. 16.

SANDE Decision. Frisicae Lib. III. Tit. 13. Definit. 3.

LEYSER Meditat ad Pand. Vol. VII. Specim. 492. medit. 1—4.

Böhmer in den auserlesenen Rechtsfällen 1. Bandes 2. Abth. Resp. 78. nr. 9. folgg. S. 605. ff.

MÜLLER in Observat. pract. ad *Leyserum* Tom. V. Fasc. II. Obs. 811.

Gust. Bernh. BECMANN Diss. de debitore obaerato in praeiudicium creditorum non acquirente. §. 27.

God. Lud. MENKEN Diss. de actione Pauliana. Lipsi. 1747. §. 12.

HOFACKER Princip. iuris civ. Rom. Germ. T. III. §. 4590. nr. I.

Frid. Alex. KÜNHOLD Diss. de repudiatione hereditatis a debitore moto concursu creditorum facta. Lipsiae 1724.

Danz Grundsätze der summarischen Processe § 113. Not. a

THIBAUT System des Pandectenrechts 1. Band. §. 719.

und ich halte daher in Absicht auf diese erste Frage den Rechten nach dafür:

daß der Gemeinschuldner allerdings befugt und im Stande gewesen sey, die ihm nach ausgebrochenem

Concurse zugefallene Erbschaft seiner Frau zu Gunsten seiner Kinder auszuschlagen, und daß daher die Gläubiger desselben diese Repudiation weder revociren, noch verlangen können, daß dieser Theil der Erbschaft zur Concursmasse gezogen werde.

§. 25.

Zweyte Frage.

Hatte der Gemeinschuldner dadurch, daß er diese Erklärung, er wolle nicht von seiner Ehefrau erben, ein Jahr nach ihrem Tode erst gethan hat, sich tacite immiscirt, und als Erbe gerirt, so daß er nun nicht mehr vermögend war, die Erbschaft auszuschlagen?

Da nach der

L. 19. Cod. de iure delib.

jedem Erben eine einjährige Frist gesetzt ist, welche vom Tage der Wissenschaft des Anfalls der Erbschaft zu laufen anfängt, binnen welcher er sich zu erklären hat, ob er die Erbschaft annehmen wolle oder nicht; so möchte es scheinen, daß wenn der Erbe diese Frist verstreichen läßt, ohne sich erklärt zu haben, die Erbschaft nun nicht weiter ausgeschlagen werden könne, sondern vielmehr für stillschweigend angetreten zu halten sey.

§. 26.

Allein zur stillschweigenden Antretung einer Erbschaft oder pro herede gestio werden bekanntermaßen

Hand-

Handlungen erfordert, welche von Seiten des Erben die Absicht, daß er Erbe seyn wolle, außer Zweifel setzen, und welche daher so beschaffen sind, *ut citra ius et nomen heredis fieri nequeant.*

L. 20. §. 4. D. de acquir. vel omitt. hered.
§. 7. I. de hered. qualit. et differ.
HOFACKER Princip. iur. civ. Tom. II. §. 1441.
Westphals Commentar über die Gesetze von Vorlegung und Eröfnung der Testamente von Annehmung und Ablehnung der Erbschaft §. 211.

Dergleichen Handlungen sind nun aber von Seiten des Gemeinschuldners nicht erweislich, und konnten auch um so weniger geschehen, da die Erbschaft seiner verstorbenen Ehefrau in deren eingebrachten Heyrathsgute besteht, welches dieselbe noch bey ihrem Leben selbst beym Concurs ihres Ehemanns liquidirt hatte, und die also mit dem übrigen Concursvermögen in gerichtlichen Beschlag genommen worden ist; es konnte folglich in Rücksicht derselben während des Concurses auf Seiten des Gemeinschuldners keine pro herede gestio Statt finden.

§. 27.

Hiernächst ist auch in der L. 19. C. cit. keinesweges verordnet, daß der Erbe, wenn er sich nicht binnen einem Jahre, nachdem er von dem Anfall

der Erbschaft Wissenschaft erhalten hat, erklärt, *ipso iure* Erbe werden solle. Zwar sind die Rechtsgelehrten über den Sinn dieses Gesetzes selbst nicht einverstanden, indem einige behaupten wollen, daß nach diesem Gesetz der Erbe, wenn er sich innerhalb eines Jahres von Zeit der Wissenschaft angerechnet nicht erklärt, die Erbschaft verliere.

THIBAUT Versuche über einzelne Theile der Theorie des Rechs, 2. Band Nr. 7. S. 189.

Allein richtiger ist wohl diejenige Erklärung, nach welcher der Erbe nur das ius deliberandi verliehrt, und folglich, wenn nach Ablauf jener Frist auf die Erklärung desselben gedrungen wird, er sich sogleich erklären muß, so daß er nun um keine Deliberationsfrist weiter ansuchen darf;

KOCH Diss. de herede deliberante. *Giessae 1783.* §. 8. 14.

Denn wie hätte sonst Kr. Justinian durch die neuere Constitution der

L. 3. C. de Edicto D. Hadriani toll.*)

verordnen können, daß dem Erben ohne alle Weitläuftigkeit zum Besitz der Erbschaft verholfen werden solle, wenn

*) Diese L. 3. C. de Ed. D. Hadr. toll. ist promulgirt worden post Consulatum Lampadii et Orestis a. C. 530. Hingegen die L. 19. C. de iure delib. Conf. Decio jun. d. i. ann. Chr. 529. S. Pet. RELANDI fasti Consular. Trajecti Batavor. 1715. 8. pag. 699.

wenn auch gleich seit der Zeit, da er gewußt, daß ihm die Erbschaft zugefallen, schon längst ein Jahr verstrichen ist.

Westphal in dem angef. Commentar §. 534. Es läßt sich also auch um so weniger behaupten, daß dem Erben das Recht, die Erbschaft auszuschlagen, nach Ablauf eines Jahres benommen sey, je bekannter es ist, daß ein Erbe, wenn ihn Niemand treibt, sich zu erklären, ganzer 30 Jahr deliberiren kann, ob er die Erbschaft annehmen solle, oder nicht.

HOFACKER Princip. iur. civ. Tom. II. §. 1449.

Höpfners Commentar über die Institutionen §. 548.

Eben so wenig läßt sich daher auch behaupten, daß der Erbe, der ein ganzes Jahr verstreichen lassen, ehe er sich erklärt hat, bloß um deswillen als ein solcher anzunehmen sey, der sich pro herede gerirt habe, zumal wenn ihn, wie in dem gegenwärtigen Falle, Niemand zur Erklärung aufforderte.

Ich bin daher in Ansehung der zweyten Frage der rechtlichen Meinung, daß der debitor communis dadurch, daß er die Erklärung, er wolle nicht von seiner Ehefrau erben, ein Jahr nach ihrem Tode erst gethan hat, sich keinesweges tacite als Erbe gerirt habe, folglich wohl befugt gewesen sey, die Erbschaft seiner Frau annoch auszuschlagen.

XLIV.

Ein Rechtsfall, betreffend die beyden Fragen, ob ein mit der Codicillarclausel versehenes Testament, worin der Sohn seinem Vater bloß ein Vermächtniß hinterlassen hat, gültig sey, und wie des Vaters Pflichttheil berechnet werden müsse?

---

§. 1.

Samuel Daniel Dreßel, ein Tuchmachergesell in Coburg, machte am 11ten März 1797. ein gerichtliches mündliches Testament, in welchem er seine leibliche Schwester, seinen Halbbruder und seine Halbschwester, beyde von mütterlicher Seite, zu Universalerben einsetzte. Wegen seines Vaters verordnete er, daß derselbe von des Testirers mütterlichen Vermögen, welches noch in seinen Händen war, blos ein Vermächtniß von 50 fränkischen Gulden bekommen soll. Dem Testament war übrigens die Codicillarclausel angehängt.

§. 2.

Diese letzte Willensmeinung wurde aus einem dreyfachen Grund angefochten. Der erste, daß der Testator noch minderjährig gewesen und in väterlicher Gewalt gestanden, war unbedeutend, denn der

Dreßel war zur Zeit des errichteten Testaments bereits 24 Jahre alt. Er hatte also die Jahre, in welchen er ein Testament machen konnte, überflüßig erreicht, und brauchte nicht majorenn zu seyn.

L. 5. D. qui testamenta facere possunt.

Höpfners Commentar über die Institutionen §. 467.

Sodann hatte der Verstorbene auf sein Verlangen und mit Zufriedenheit seines Vaters einen besondern Vormund erhalten, welchem der Vater vermöge einer gerichtlichen Auflage vom 1. Febr. 1796. alles und jedes zur fernern Administration abgeben sollte. Eben dadurch hörte der Sohn auf, ein filius familias zu seyn und war pro quasi emancipato anzusehen,

von Leysers Medit. ad Pand. Vol. I. Spec. 21. med. 5.

Es stand also auch in dieser Hinsicht ihm kein Hinderniß im Wege, ein Testament zu machen.

§. 3.

Der zweyte Grund wurde aus den gerichtlich bestätigten Ehepacten vom 3. Jun. 1779. genommen, welche der Vater bey seiner zweyten Verehlichung errichtet hatte, und behauptet, daß der jüngere Dreßel über den ihm ausgesetzten mütterlichen Voraus zu disponiren gar nicht befugt gewesen sey. Es war nämlich in dem §. 3. der Ehepacten versehen, daß der mütterliche Erbantheil, wenn eines der drey Kinder

voriger Ehe vor den andern in der Minderjährigkeit verſterben würde, auf die überlebende leibliche Geſchwiſter und den Vater zu gleichen Theilen erblich verfallen ſoll. Man betrachtete den Verſtorbenen, als einen Mitcontrahenten bey dieſen Ehepacten, weil ſein damaliger Vormund mit contrahirt hat.

§. 4.

Indeſſen hatte doch der Verſtorbene über ſeinen mütterlichen Erbtheil das volle Eigenthum, indem nach dem §. 2. der Ehepacten, auf erfolgtes Ableben ſeiner Mutter, zwiſchen ihren zugebrachten Kindern, dem Vater und den mit derſelben erzeugten drey Kindern eine Grundtheilung gemacht, der Erbantheil eines jeden Kindes beſtimmt, und dem Vater lediglich die Nutznieſung vorbehalten worden. Selbſt in dem Falle, wenn der Verſtorbene über ſeinen mütterlichen Erbtheil, oder Voraus, vor erreichtem 25ſten Jahre nicht hätte teſtiren können, war doch der Vater nicht befugt aus dieſem Grunde das Teſtament, als nichtig anzufechten, ſondern er konnte nur ſeinen Antheil an dem Voraus mit der actione, ſi pars hereditatis petatur, fordern. Es war aber das ganze Vorgeben, als wäre durch den §. 3. der Ehepacten dem Verſtorbenen die Befugniß während ſeiner Minderjährigkeit über ſeinen mütterlichen Erbtheil zu teſtiren, entzogen worden, völlig ungegründet. Die befragte Stelle hat keinen andern, als dieſen Sinn, daß des

Verstorbenen mütterlicher Erbtheil alsdann an seinen Vater und seine leiblichen Geschwister fallen soll, wenn er ohne Testament, oder ehe er die Testamentsmündigkeit erlangt, versterben würde. Denn eine jede rechtliche Handlung muß so erklärt werden, daß sie nicht mit den Gesetzen in Widerspruch steht.

Horns praelectiones de interpretatione iuridica Cap. 2. §. 16.

Rettelbladts introductio in iurisprudentiam positivam Germanorum communem §. 562.

Dieses würde aber geschehen, wenn man den §. 3. der Ehepacten so auslegen wollte, daß dem Verstorbenen dadurch die Befugniß während seiner Minderjährigkeit über seinen mütterlichen Erbtheil zu testiren, genommen worden sey. Die testamenti factio ist iuris publici.

L. 3. D. qui testamenta facere possunt.

Das nach den Gesetzen dem Verstorbenen gebührende Recht ein Testament zu machen, sobald er die hierzu erforderlichen Jahre erreicht hat, konnte ihm durch den Ehevertrag weder von seinem Vater, noch von seinem Vormund entzogen werden. Die erfolgte obrigkeitliche Bestätigung ändert in der Sache nichts, da eine ungültige Handlung durch die gerichtliche Bestätigung nicht gültig wird.

von Leyser Med. ad Pand. Vol. I. Sp. 40. med. 7.

von Cramers Observat. iuris universi Tom. II. P. I. Obs. 463. §. 10.

Der dritte und scheinbarste Grund war aber dieser, daß der Sohn gegen die gesetzliche Vorschrift

L. 15. pr. D. de inofficioso testamento Nov. 115. Cap. 4.

seinen Vater nicht einmal mit dem Pflichttheil zum Erben eingesetzt, oder aus einer rechtmäßigen Ursache enterbt, sondern nur mit einem Legat bedacht und also übergangen hat. Es konnte nichts hindern, daß die dem Vater legirte Funfzig fränkische Gulden, dem Vorgeben nach den Pflichttheil erschöpfen sollten. Der Vater war demungeachtet übergangen, indem unter der Uebergehung eine jede Testamentsverordnung verstanden wird, welche in Ansehung derer, denen der Pflichttheil gebühret, weder Einsetzung, noch Enterbung ist.

Westphals Theorie des römischen Rechts von Testamenten §. 428.

Der Pflichttheil muß ferner den Eltern nothwendig titulo institutionis hinterlassen werden, und es ist nicht hinlänglich, wenn solcher per modum legati vermacht wird.

Reinharths Observat. ad Christinaei decisiones Vol. I. Obs. 71.

Daneben behaupten verschiedene Rechtslehrer, daß ein Testament, worin die Kinder, oder Eltern übergangen sind, nicht bestehe, wenn gleich demselben die Codicillarclausel angehängt worden ist.

FACHINEI Controvers. iuris Lib. IV. Cap. II.

Carp-

Carpzovs Iurisprud. forenſ. P. III. Conſt. 9. Def. 12.

Brunnemanns Comment. in Pand. Lib. V. Tit. 2. ad L. 13. de inoff. teſtam.

Wiſſenbachs Exercit. ad Pand. Diſp. 59. §. 20.

Strubens Rechtliche Bedenken 1. Th. Bed. 87. §. 6.

Es verdient aber doch die von den meiſten Rechtsgelehrten angenommene Meinung, daß ein Teſtament, worin der Vater übergangen worden, durch die angehängte Codicillarclauſel als ein Fideicommiß in der Maaße aufrecht erhalten wird, daß der Vater den Pflichttheil bekommt und die übrige Verlaſſenſchaft den eingeſetzten Teſtamentserben überlaſſen muß, mehr Beyfall.

VOETII Commentarius ad Pandectas Lib. V. Tit. 2. §. 14.

ZOESII Comment. ad Digeſta Lib. 29. Tit. 7. num. 9.

Struvs Syntagma iuris civilis Exerc. 34. §. 65.

Stryks tract. de ſucceſſione ab inteſtato Diſſ. I. Cap. I. §. 22.

Hubers praelect. ad Inſtit. iuris civilis Lib. 2. Tit. 25. §. 5.

von Bergers Oeconomia iutis Lib. 2. Tit. 4. §. 36. not. 1.

Böhmers introductio in ius Digeſtorum. Lib. 29. Tit. 7. §. 7.

Hellfelds iurisprudentia forenſis §. 1516.

Hofackers principia iuris civilis Tom II. §. 1576.

Meditationen über verſchiedene Rechtsmaterien von zweyen Rechtsgelehrten 3. B. Med. 113.

Denn da dieſe Clauſel das Teſtament in ein Codicill verwandelt, in einem Codicill aber keine Erbeinſetzung geſchehen kann, ſo kann ſolches auch aus dem Grund, daß ein Notherbe übergangen worden, nicht angefochten werden.

Walchs Introductio in controverſias iuris civilis Sect. 2. Cap. 4. Membr. §. 3.

Auf dieſe Art wird der letzte Wille des Verſtorbenen erhalten, welches ganz der Abſicht der Geſetze gemäß iſt.

Stryks Uſus modernus Pand. Lib. 29. Tit. 7. §. 12.

Da es von dem freyen Willen eines Teſtirers abhängt, ſeinen Notherben, der ihn ab inteſtato ſuccedirt, mit einem Fideicommiß zu beſchwehren, ſo iſt es ganz einerley, ob ſolches in einem beſondern Codicill, oder in einem Teſtament geſchieht, welches als ein Codicill gelten ſoll.

von Wernhers Select. Obſerv. forenſ. Tom. I. P. 1. Obſ. 279. num. 17. ſpp.

Der übergangene Vater kann auch nicht über Unbilligkeit klagen. Denn er erhält ſeinen Pflichttheil, womit

mit er sich hätte begnügen müssen, wenn ihn der Sohn darin zum Erben eingesetzt hätte.

Stryks tract. de cautelis testamentorum Cap. 23. §. 39.

§. 7.

Aus diesen Gründen wurde der in der ersten Instanz ertheilte Bescheid, daß das Testament zu Recht nicht beständig und der Nachlaß nach Maasgabe der Ehepacten und der Statutarischen Rechte ab intestato zu vertheilen sey, auf eingewandte Läuterung, durch ein Facultätsurtheil im Febr. 1799. dahin abgeändert, daß das befragte Testament für schlechterdings ungültig nicht zu achten, sondern als ein Codicill beständig, und der Vater mit dem, was ihm zum Pflichttheil gebührt, sich zu begnügen, die übrige Verlassenschaft aber den eingesetzten Erben und die Vermächtnisse den Legatarien, nach dem Inhalt des Testaments zu überlassen schuldig.

§. 8.

Ob der Vater nach den bekannten Texten des canonischen Rechts

Cap. 16. und 18. X. de testament.

wenn das Testament, worin er übergangen worden, durch die Codicillarclausel, als ein Fideicommiß erhalten wird, nicht befugt sey, außer dem Pflichttheil, auch noch die Trebellianische Quart abzuziehen? ist

aber.

abermals eine streitige Frage, die von einigen verneint wird, weil die Texte nur von Kindern sprechen.

VOETII Comment. ad Pand. Lib. V. Tit. 2. §. 16.

Andere bejahen sie nach dem Sinn des canonischen Rechts

Glücks Erläuterung der Pandecten VII. Th. I. Abth. S. 155. und die in der Note 97. angeführte Schriftsteller.

Allein in den Acten über den gegenwärtigen Fall kam die Frage gar nicht zur Sprache und man trug Bedenken, Amtshalber diesen im Rechte zweifelhaften Punkt zu berühren.

XLV.

Von dem Pflichttheil des im Testament übergangenen Vaters und wie solcher zu berechnen.

§. 9.

Nun war noch die Frage zu entscheiden übrig, wie der Pflichttheil des Vaters zu berechnen sey? der Verstorbene hatte nämlich außer dem Vater und der leiblichen Schwester, die er zur Miterbin eingesetzt hatte, noch einen abwesenden vollbürtigen Bruder, welchen er auch im Testament bedacht hatte. Der Vater glaubte, daß unter dem ihm gebührenden Pflichttheil

der

der dritte Theil der ganzen Verlassenschaft zn verstehen wäre. Verschiedene Rechtslehrer sind auch in dieser sehr bestrittenen Materie der Meinung, daß der Pflichttheil nach dem neuern römischen Recht aus der ganzen Verlassenschaft zu berechnen sey.

S. die in Steins Versuch einer theoretisch-praktischen Abhandlung über die Lehre des römischen Rechts von pflichtwidrigen Testamenten §. 50. not. *a*) angeführten Rechtslehrer.

Hierzu kam, daß in dem vorliegenden Fall fremde Personen, nämlich des Testirers Halbgeschwister mit zu Erben eingesetzt worden. Der Vater bezog sich deshalb auf die Novelle 18. Cap. I. und auf einige Rechtslehrer.

Schilters praxis iuris romani inforo germanico Exerc. XIV. §. 82.

Hellfelds iurispr. for. §. 544. not. *f*.

§. 10.

Allein der Pflichttheil ist blos ein Theil der Intestaterbportion. Justinian selbst nennt die Legitimam Nov. I. Cap. I. §. 1. id, quod lex pro quarta *parte ab intestato* ipsi dari promittit und Nov. 22. Cap. 48. den Pflichttheil der Kinder *portionem ab intestato*, quae omnino liberis relinquenda est. Dieser Pflichttheil bestand seit der Lege falcidia in dem vierten Theil desjenigen, was der Notherbe ab intestato würde bekommen haben.

Glücks Erläuterung der Pandecten VII. Th. I. Abth. §. 544.

Nun hat zwar Justinian in der Nov. 18. die Grösse des Pflichttheils erhöhet, im übrigen aber den Grundsatz des ältern Rechts, daß derselbe ein Theil der Intestaterbportion seyn soll, nicht abgeändert.

Glücks Diss. de constituenda legitimae portionis parentum quantitate ad Nov. 18. Cap. I. §. 11. 12. in Opusc. Fasc. III.

Westphals Theorie des römischen Rechts von Testamenten §. 394. a

Struvs Syntagma iuris civil. Exerc. 10. §. 32.

von Cocceji ius civile controversum Lib. 5. Tit. 2. Qu. 18.

Stein a. a. O. §. 50.

Bewährte Rechtslehrer bezeugen auch, daß diese Meinung in der Praxis angenommen sey.

von Wernher Sel. Obs. for. Tom. I. P. 3. Obs. 82. num. 2.

Reinharths Observ. ad Christinaei Dec. Vol. I. Obs. 54.

von Pufendorf Observ. iuris univ. Tom. III. Obs. 171.

§. 10.

Daß der Pflichttheil, wenn eine fremde Person zum Erben eingesetzt wird, nach der ganzen Verlassenschaft zu bestimmen sey, ist weder in der Nov. 18. Cap.

Cap. 1. noch in andern Gesetzen gegründet. Zwar bezieht sich Hellfeld auf die Nov. 39. Cap. 1. und auf die Nov. 92. praef. und Cap. 1. Allein aus der ersten ist nur soviel zu ersehen, daß in dem Falle, wenn eine Erbschaft an einen Fremden abgetreten werden soll, der Kinder legitima, welche pro numero liberorum, vel tertia vel dimidia pars ist, unverletzt bleiben soll. Die andere wiederholt das nämliche in Beziehung auf unmäßige einem, oder etlichen Kindern gemachte Schenkungen. In dem vorliegenden Testament hat überdieß der Testator nicht blos seine Halbgeschwister, sondern auch seine vollbürtige Schwester zu Erben eingesetzt. Wenn der Pflichttheil des Vaters in dem Drittel der ganzen Verlassenschaft bestehen sollte, so müßte er der alleinige Intestaterbe des Verstorbenen gewesen seyn. Dieser hatte aber, wie schon angeführt worden, außer seinem Vater noch zwey vollbürtige Geschwister hinterlassen. Nun gewinnt die Sache eine andere Gestalt, wenn mit dem, der zum Pflichttheil berechtiget ist, noch andere concurriren, welche mit ihnen zugleich ab intestato geerbt haben würden.

Stein a. a. O. S. 214.

§. 12.

Bey bestimmung des dem Vater gebührenden Pflichttheils konnten zwar des Testators Halbgeschwister in keinen Anschlag kommen, weil diese, wenn der

Verstorbene Eltern und vollbürtige Geschwister hinterlassen, kein Successionsrecht ab intestato **haben.**

Kochs Successio ab intestato civilis §. 79.

Glücks Erörterung der Lehre von der Intestaterbfolge S. 384.

Wohl aber kamen die vollbürtige Geschwister in Berechnung.

Glück cit. diss. §. 20.

Da nun deren zwey waren, so konnte des Vaters Pflichttheil nicht in dem dritten Theil der ganzen Verlassenschaft, sondern nur in dem Drittel dessen bestehen, was der Vater ab intestato **bekommen haben würde, nämlich in dem Drittel von dem dritten Theil der ganzen Verlassenschaft.**

XLVI.

Wegen eines begangenen Ehebruchs wird eine Ehe nicht ipso iure aufgelößt, sondern erst durch richterliche Scheidung getrennt. Stirbt daher der unschuldige Ehegatte vor angestellter Ehescheidungsklage, so können die Erben desselben nicht weiter auf die Strafe der Privation klagen.

Urtheil.

Auf Klage, vorgeschützte Einreden und weiter erfolgte rechtliche Verhandlungen in Sachen Johann Nicolaus und Johann Peter Gebrüder Käſtner zu Heinersdorf, Kläger an einem, wider Johann Nicolaus Meißnitzer zu Crispendorf, Beklagten am andern Theile, puncto hereditatis petitionis, so Uns in den diesfalls ergangenen Acten zur Ertheilung eines Rechtsspruchs zugesendet worden, erkennen Wir nach deren fleißiger Verlesung und collegialisch gepflogener Erwägung für Recht:

Daß der Kläger Suchen nicht Statt hat, und daher Beklagter von der wider ihn angestellten Klage zu entbinden. Es sind auch Kläger die durch diesen Prozeß verursachte Unkosten nach deren vorgängigem Ansatze und richterlicher Ermäßigung dem Beklagten

zu erstatten schuldig; dahingegen die Versendungskosten von beyden Theilen gemeinschaftlich zu entrichten sind. V. R. W.

Gründe.

Die Kläger setzen nämlich den Grund ihrer Klage darin: der Beklagte habe sich laut der deshalb ergangenen Untersuchungs-Acten mit der verwittweten W. eines Ehebruchs schuldig gemacht. Durch diese grobe Verletzung der seiner verstorbenen Frau zugesagten ehelichen Treue sey das zwischen ihnen geknüpft gewesene eheliche Band gänzlich aufgelößt worden. Die Verstorbene habe auch bey ihrem Leben dem Beklagten nicht verziehen, sondern vielmehr über seine tyrannische selbst lebensgefährliche Behandlung und Drohungen gerichtliche Beschwerde geführt. Beklagter habe sich also hierdurch seines Erbrechts auf den Nachlaß seines verstorbenen Eheweibes verlustig gemacht, welcher nun also den Klägern, als Brüdern der verstorbenen Ehefrau des Beklagten, und nächsten gesetzlichen Erben gebühre.

Die Gründe ihres klagbar gemachten Erbanspruchs sind demnach folgende.

1) Durch den Eheburch werde an sich schon das eheliche Band gänzlich aufgelößt, wenn gleich die Ehe durch richterliches Erkenntniß nicht geschieden worden sey. Zur Rechtfertigung dieser Behauptung führen

Klä-

Kläger an, die gänzliche Auflösung des ehelichen Bandes durch Ehebruch liege schon in der Bedeutung des Worts Ehebruch selbst, und auch im Begriff von Ehe, zu deren wesentlichen Stücken die eheliche Treue gehöre. Besonders aber werde ihre Behauptung durch die Gesetze selbst bestätiget.

Denn nach

Cap. 4. X. de donat. inter vir. et uxor.

verliere eine Ehefrau, welche sich des Ehebruchs schuldig gemacht hat, ihr Heyrathsgut, wenn gleich die richterliche Scheidung nicht erfolgt ist. Nur dann falle diese Strafe weg, wenn der Unschuldige dem Schuldigen verziehen hat. Hieraus ergebe sich, daß durch die Ehescheidungs-Sentenz des Richters die Ehe nicht erst getrennt, sondern, wie

LEYSER in Meditat. ad Pandect. Vol. IX. Specim. 579. medit. 20.

sagt, nur erklärt werde, daß die Ehe durch den Ehebruch bereits aufgelößt sey. Die Remission hingegen knüpfe das eheliche Band wieder an. Alles dieses beweise hinlänglich, daß der Ehebruch der alleinige Grund sowohl zur Scheidung als zum Verlust des statutarischen oder gesetzlichen Erbrechts sey, wie insonderheit auch

I. H. BOEHMER in Diss. de privatione dotis et successionis statutariae ex capite adulterii. Cap. II. §. 2.

gezeigt habe.

Alles komme demnach im gegenwärtigen Falle darauf an, ob die Verstorbene ihrem Ehemanne, dem Beklagten, den begangenen Ehebruch verziehen habe. Nun aber sey

2) eine solche Remission nicht geschehen, und könne auch aus dem erfolgten Tode derselben nicht präsumirt werden, da des Beklagten verstorbene Ehefrau Inhalts der beygelegten Untersuchungs-Acten fol. 5[b] sich wegen des von ihrem Ehemanne begangenen Ehebruchs vor Gericht beklagt, und sich die Erklärung, ob sie demselben condoniren, und ihn ferner als ihren Ehemann erkennen wolle, nicht nur ausdrücklich vorbehalten, sondern auch über lebensgefährliche Behandlung ihres Ehemanns Beschwerde geführt, und deshalb um richterlichen Schutz gebeten habe. Hieraus erhelle also offenbar, daß sie ihm nicht verziehen habe. Nur bey der Injurienklage sey es wahr, daß der erfolgte Tod des Beleidigten eine Verzeihung vermuthen lasse, wenn die Klage bey dessen Lebzeiten nicht angestellet worden. Hiervon sey aber auf die Ehescheidungsklage kein Schluß zu machen.

Ausserdem sey ihr Klagerecht noch insonderheit

3) durch die Churſächsischen Constitutionen begründet, als welche in den Fürstl. Reußischen Landen älterer Linie durchgehends recipirt wären. In diesen werde nämlich

Part. IV. Const. 21.

gesagt, daß die Erben des Mannes das Einbringen der Frau behielten, wenn der Mann bey seinem Leben des Weibes Ehebruch gewußt, darüber geeifert, und das Weib ausgetrieben, oder sich dessen beklagt habe, jedoch mit dem Tode übereilt worden sey. Nun habe in dem gegenwärtigen Falle des Beklagten verstorbene Ehefrau über ihres Ehemannes Ehebruch wirklich geeifert, indem sie sich besage der deshalb verhandelten Untersuchungs-Acten darüber vor Gericht beklagt, und nur durch ihren Tod sey sie an der fernern Verfolgung des ihr zustehenden Rechts verhindert worden.

Allein folgende Gründe stehen den Klägern entgegen, welche die von ihnen erhobene Klage, als völlig grundlos und unstatthaft darstellen.

1) Wird eine Ehe wegen einer solchen Ursache, weshalb auf Ehescheidung geklagt werden kann, nie ipso iure, sondern erst durch richterliche Scheidung aufgehoben;

LAUTERBACH Colleg. theor. pract. Pandect. Lib. XXIV. Tit. 2. §. 10.

HOFACKER Princip. iuris civ. Rom. german. Tom. I. §. 404.

auch selbst der Ehebruch lößt das eheliche Band nicht ipso iure auf, sondern giebt nur eine rechtmäßige Ursache zur Trennung der Ehe.

LAUTERBACH cit. loc. Tit. 3. §. 20.

Ge. Lud. BOEHMER Princip. iuris canon. §. 410. not. a.

Nun aber hat

2) die beleidigte Ehefrau des Beklagten weder selbst auf Ehescheidung geklagt, noch bey ihrem Leben erklärt, daß sie sich ihres Rechts bedienen wolle, sondern sich laut beygelegter Untersuchungs-Acten fol. 5[b] die Erklärung, ob sie ihrem Ehemanne verzeihen, und ihn ferner als ihren Ehemann erkennen wolle, vorbehalten. Es muß folglich, da sie die Ehe mit ihm bis an ihren Tod fortgesetzt hat, nach rechtlicher Vermuthung angenommen werden, daß sie ihm verziehen habe.

MALBLANC Princip. iuris Romani sec. ord. Digestor. Part. II. Sect. ult. §. 643. pag. 729.

Gesetzt aber auch,

3) des Beklagten Ehefrau habe sich ihres Rechts nicht begeben, sondern dasselbe vielmehr durch Vorbehalt zu erhalten gesucht, so ist doch bekannt, daß das Recht, welches dem unschuldigen Ehegatten wegen Ehebruchs des andern Theils zusteht, nicht auf die Erben übergeht.

Hofmanns Handbuch des teutschen Eherechts §. 88. S. 306.

Nun haben aber Kläger offenbar auf eine Strafe der Privation geklagt, indem sie den Beklagten von dem einem Ehemann zustehenden Erbrecht auf dem Vermögen seiner Frau auszuschliessen suchen. Solche Privationsstrafen können bekannten Rechten nach weder durch die Erben des unschuldigen, noch gegen die Erben

ben des schuldigen Theils durch eine Klage verfolgt werden, wenn der verstorbene unschuldige Theil die Klage nicht schon präparirt hatte.

L. 15. §. 1. D. Soluto matrim.

MEVIUS Tom. II. Part. VII. Decis. 164.

Iac. Frid. LUDOVICI Diss. de successione coniugis deferentis. Halae 1713. §. 30.

HOFACKER Princip. iuris civ. Tom. I. §. 497.

THIBAUT System des Pandectenrechts 1. Band §. 439. oder §. 470. nach der 2ten verb. Aufl.

Denn eines Theils ist dergleichen Persecution als eine actio vindictam spirans anzusehen, und Klagen dieser Art können nie von den Erben angestellet werden;

§. 1. I. de perpet. et tempor. actionib.

L. penult. D. de in ius voc.

L. 7. C. de revoc. donat.

CARPZOV P. III. Constit. 26. Def. 13.

MALBLANC Princip. iur. Rom. P. II. Sect. posterior. §. 643. p. 729.

andern Theils aber haben auch höchst wahrscheinlich die Gesetze jene Privationsstrafen, welche eine Trennung der Ehe wegen Ehebruchs nach sich zieht, darum festgesetzt, um den Unschuldigen wegen der aus der Aufhebung der Ehe von selbst folgenden Aufhebung der gesammten Wirkungen derselben zu entschädigen.

THIBAUT in dem angef. System 1. B. §. 440. oder §. 471. der neuen Aufl.

Sie können also schon darum durch die Erben des

unschuldigen Theils nicht verfolgt werden, weil bey denselben jener Grund nicht Statt findet. Wollte man

4) behaupten, Beklagter habe sich des Erbrechts an dem Vermögen seiner verstorbenen Frau sowohl durch die gegen sie geständlich verübten Thätlichkeiten, als durch den begangenen Ehebruch schon an sich unwürdig und also verlustig gemacht, so müßte ein Gesetz vorhanden sey, welches den eines solchen Verbrechens schuldigen Ehegatten für unwürdig erklärt, und ihn von der Erbschaft des verstorbenen unschuldigen Theils ausschließt. Allein die gemeinen Rechte enthalten eine solche Verordnung nicht, wie schon

LEYSER in Meditat. ad Pand. Vol. VI. Specim. CCCXCVIII. med. 10.

und

HAUBOLD ad Bergeri Oeconom. iuris. Tom. I. pag. 557. not. *q*.

gezeigt haben. Das römische Recht setzt wenigstens immer Ehescheidung, als Bedingung voraus, wenn die damit verknüpfte Strafen der Privation eintreten sollen.

L. 19. D. de Verb. Obligat. Nov. 117. cap. 8. HOFACKER Tom. I. §. 495. et not. *a*.

Und hier kann denn ohnehin von keiner weitern Erbfolge unter den Ehegatten die Rede seyn, weil der Grund derselben, nämlich die Ehe, aufgehoben ist.

HOFACKER c. l. §. 494. in fine

Wenn

Wenn nun gleich das canonische Recht

cap. 10. X. de consuetud.

cap. 4. X. de donat. inter vir. et uxor.

die Strafen der Privation wegen eines begangenen Ehebruchs bestätiget, ohne deshalb ein totales divortium in Absicht auf das Band der Ehe zuzulassen; so läßt sich doch daraus noch keinesweges folgern, daß dasselbe den Verlust des Erbrechts zur unmittelbaren Folge des Ehebruchs gemacht habe.

Es wird vielmehr, wenn die Strafe der Privation eintreten soll, auch im canonischen Recht als Bedingung vorausgesetzt, daß eine Separation vom Tisch und Bett, welche die Stelle des divortii vertritt, geschehen sey, sie sey nun entweder iudicio ecclesiae erkannt, oder oder propria voluntate des schuldigen Theils geschehen, wie in dem

cap. 4. cit.

ausdrücklich gesagt wird, und daß auch nachher keine Aussöhnung erfolgt sey; welches also auf den gegenwärtigen Fall um so weniger Anwendung leidet, da Beklagter die Ehe mit seiner Frau bis an deren Tod fortgesetzt hat.

Nicht zu gedenken, daß selbst in dem Falle, da keine Aussöhnung erfolgt ist, den Erben des unschuldigen Theils in jenen Texten des Canonischen Rechts doch nur eine Einrede gestattet wird, um den schuldigen Ehegatten zurückzuweisen, wenn dieser auf die

Zurückgabe des Heyrathsguts und andere dem überlebenden Ehegatten an dem Vermögen des Verstorbenen sonst zustehende Vortheile klagt, und sich dadurch im Besitz zu schützen, welches, wie selbst der von den Klägern angeführte

BOEHMER in Diss. de privatione dotis et successionis statutariae ex capite adulterii Cap. I. §. 21. circ. fin.

bemerkt, offenbar keinen andern Grund hat, als weil der verstorbene unschuldige Theil durch Innebehaltung des Vermögens des Schuldigen bey erfolgter Separation sich schon seines Rechts bedient, und die mit dem Ehebruch verknüpfte poenam discidii bey seinem Leben schon wirklich ausgeübt hatte.

Hieraus ergiebt sich nun also von selbst, daß den Erben des unschuldigen Theils auch selbst nach dem Canonischen Rechte keine Klage auf Privation zustehe, wenn der Verstorbene sich seines Rechts noch nicht bedient hatte, wie

GONZALEZ *de* TELLEZ in Commentar. ad Cap. 4. X. de donat. inter vir. et uxor. Tom. IV. pag. 294.

PUFENDORF Observat. iur. univ. Tom. III. Obs. 122.

HOFACKER Tom. I. §. 497.

und

THIBAUT im angef. System §. 439. oder §. 470. der 2ten Aufl.

gezeigt haben.

So

So wenig nun der Kläger Intention im gemeinen Rechte begründet ist, so wenig begünstigen auch dieselbe endlich

5) die von ihnen angeführten Churſächſiſchen Conſtitutionen

P. IV. Conſt. 21.

da ſelbige weder vermöge des gerichtlichen Marginalatteſtats

Fol. 104. b. Actor.

in den dortigen Gerichten recipirt, noch auf den gegenwärtigen Fall anwendbar ſind, indem ſie den Fall vorausſetzen, daß der unſchuldige Theil auf die ihm wegen des Ehebruchs des andern gebührende Genugthuung habe klagen wollen, allein durch den Tod übereilt und gehindert worden ſey; welches aber hier der Fall nicht iſt, indem des Beklagten Ehefrau ſeit dem 23. Oct. 1802. da die Unterſuchung gegen ihren Ehemann den Anfang nahm, noch bis zum Februar des Jahrs 1803. gelebt hat.

Daher denn die Kläger bey dem gänzlichen Ungrunde ihrer Klage auch nicht einmal mit Erſtattung der Prozeßkoſten haben verſchont werden können, obgleich die Transmißionskoſten, da die Verſendung der Acten von Amtswegen geſchehen iſt, von beyden Theilen gemeinſchaftlich zu entrichten ſind.

Aus dieſen Gründen hat demnach ſo, wie das Urtheil beſagt, erkannt werden müſſen.

XLVII.

Ist derjenige, bey welchem ausgepfändete Sachen eines Schuldners wider seinen Willen, jedoch auf Befehl des Richters, eingestellet und in Sicherheit gebracht worden sind, im Falle einer geschehenen Entwendung derselben, zu deren Ersatz verbunden?

---

§. 1.

Wilhelm Hauskiel zu Gonzenheim wurde wegen einer dem Schutzjuden Kallmann Rothschild zu Homburg schuldigen Summe, wofür der Nagelschmidmeister Philipp Jacob Marx Bürgschaft geleistet hatte, ausgepfändet. Es wurde ihm nämlich, außer seinem Strumpfwirkerstuhl, auch noch eine Kiste mit Kleidungsstücken und leinenen Tuche genommen, und diese auf richterlichen Befehl bey Heinrich Rühl zu Gonzenheim, bey welchem der Schuldner zur Miethe wohnte, als Wirth, seiner Protestation ungeachtet, eingestellt. Diese Kiste, welche unverschlossen und auch so beschaffen war, daß sie nicht verschlossen werden konnte, wurde einige Zeit nachher von des Schuldners Ehefrau in Rühls Abwesenheit ausgeplündert. Deswegen klagten nun der Jude Kallmann Rothschild, und der Schmidtmeister Marx gegen den Wirth Rühl, bey dem

Fürstl.

Fürstl. Landesjustizamt zu Homburg dahin, daß er sie zu entschädigen schuldig sey.

§. 2.

Noch an dem nämlichen Tage, an welchem die Klage war angestellet worden, wurde nach einem kurzen Verfahren unterm 24. May 1802. vom Amte folgender Bescheid eröfnet:

„Daß Beklagter schuldig sey, die Kläger wegen dessen, was Wilhelm Hauskiel nach dem Verkauf seines auch ausgepfändeten Strumpfwirkerstuhls und der wenigen noch in der Kiste befindlichen Sachen an den Kallmann Rothschild noch schuldig bleiben wird, vollkommen zu entschädigen. Es bleibe ihm jedoch unbenommen, die nöthigen Maasregeln gegen die Wilhelm Hauskielischen Eheleute zu erwirken."

§. 3.

Beklagter wandte dagegen die Appellation an die Regierung ein. In seiner Justificationsschrift beschuldiget derselbe 1) den Mitkläger Kallmann einer Collusion mit dem Schuldner. Er führt nämlich an, daß in der Kiste leinenes Tuch gewesen, welches den Hauskielischen Eheleuten zum Bleichen übergeben worden, und welches daher auf jeden Fall den Eigenthümern hätte zurückgegeben werden müssen. Dies sey dem Kallmann wohl bekannt gewesen, weshalb er

so

so wenig auf die Verwahrung der Kiste, als auf den Verkauf der darin befindlich gewesenen Sachen gedrungen, sondern selbige so lange stehen gelassen habe, bis die Hauskielischen Eheleute seinen Wunsch erfüllt, und die Kiste ausgeleert hätten, um sich nachher an ihn, den Appellanten, halten zu können. 2) Habe Appellant auch gleich Anfangs gegen die Einstellung der Kiste in sein Haus protestirt, welches er mit Zeugen, dem Heinrich Wagner und Johann Will, beweisen könne, und den Soldaten, durch welche die Auspfändung des Schuldners geschehen sey, vorgestellet, daß dergleichen ausgepfändete Mobilien nicht in sein, sondern des Schultheisen Haus gehörten, wohin sie jene Kiste bringen möchten. Allein seine Vorstellungen wären vergebens gewesen. Er beruft sich endlich noch 3) auf die dort recipirte Hessen Darmstädtische Prozeßordnung

P. 1. Tit. 8. §. 4.

wo es heißt:

„daß die ausgepfändeten Stücke an verwahrliche Orte, nämlich das Vieh in ein Wirthshaus, andere Mobilien aber in ein Amt- oder Rathhaus gebracht, daselbst jenes drey, diese vierzehen Tage gelassen, und immittelst dem debitori, ob er solches durch Zahlung oder Lieferung des Iudicati lösen wolle, zum Belieben gestellt, nach Ablauf dieser Zeit aber alles ohne längere Nachsicht an den Meistbietenden öffentlich verkauft werden soll."

Dieser

Dieser Vorschrift sey kein Genüge geschehen, er sey also auch auf keine Weise verbunden, für die ausgepfändeten Sachen haften zu müssen. Er bat daher um ein reformatorisches Erkenntniß.

§. 4.

In dem Berichte, mit welchem die Acten abgefordert wurden, führt das Amt an, daß in dem libello gravaminum ganz andere Umstände seyen vorgetragen worden, als in den Voracten enthalten wären, und daß diese nichts relevíren könnten. Daß fremde Sachen in der Kiste gewesen, sey nicht glaublich, da von den Hauskielischen Eheleuten mehrmals supplicirt, und vorgestellt worden, daß in der Kiste ihr ganzes Vermögen bestehe. Die Appellanten hätten sich überdem alle Mühe gegeben, die ausgepfändeten Sachen verkaufen zu lassen, wären aber durch das Suppliciren der Schuldner immer daran gehindert worden. Erwäge man nun ferner, daß Appellant so wenig beym Amte als beym Ortsschultheisen von der geschehen seyn sollenden Kistenausleerung Anzeige gemacht, und daß die von ihm angeführte Stelle aus der Darmstädtischen Proceßordnung auf den Ort Gonzenheim nicht passe, sondern eine conträre Observanz dort Statt finde, so werde hierdurch das appellantische Schreibewerk seine abhelfliche Maaße erhalten haben.

§. 5.

In der Exceptionsschrift bringen die Appellaten vor, daß die auf amtlichen Befehl ausgepfändeten Sachen wegen Mangel eines Rathhauses in die Wohnung des Appellanten, als eine Wirthsbehausung, hätten gebracht werden müssen. Er sey also solche zu verwahren schuldig gewesen, und müsse wegen dieser Unterlassung den Appellaten allen Schaden ersetzen. Denn er sey schuldig gewesen, die Kiste, sobald solche in seine Behausung durch die obrigkeitlich bestellten Executoren gebracht worden, seiner angeblichen Protestation ungeachtet, an einen verwahrlichen Ort in seinem Hause um so mehr zu bringen, weil solche nicht verschlossen und versiegelt war. Auf ihn, den Mitappellaten Kalimann, könne kein Verdacht eines Dolus fallen, weil er sich auf jeden Fall an den Mitappellaten, als Bürgen, halten könne. Er habe auch mehrmalen um die Versteigerung mündlich nachgesucht. Die Beschuldigung einer Nachläßigkeit habe daher keine Statt. Auch sey die Darmstädtische Prozeßordnung dort nicht in Observanz. Aus dem Benehmen des Appellanten ergebe sich hingegen, daß er ex culpa lata oder vielmehr dolo auf die Sachen nicht Achtung gegeben habe.

§. 6.

Es wurde nun hierauf von der Regierung am 18. Jun. 1803. folgendes Urtheil publicirt:

„Daß

„Daß in erster Instanz wohl gesprochen, übel appellirt, und daher sententia a qua pure zu confirmiren, Appellant auch in alle Kosten dieser Instanz zu condemniren, jedoch demselben der binnen vier Wochen a dato anzutretende Beweis, wieviel die ausgepfändeten Sachen werth gewesen, vorzubehalten sey, worauf sodann weiter erfolgen soll, was Recht ist."

§. 7.

Appellant wandte gegen dieses Erkenntniß das remedium transmissionis Actorum in vim revisionis ein. Es wurde jedoch demselben ob defectum summae revisionis nicht deferirt. Appellant ergriff nunmehr das remedium restitutionis in integrum verbunden mit der querela nullitatis, und hierauf wurde dem Appellanten zur Einbringung des Restitutionslibells eine Frist von 14 Tagen anberaumt.

§. 8.

Appellant übergab nun mit seinem Restitutionslibell, in welchem er die drey Fragen ausführlich erörtert:

1) ob hier ein contractus depositi vorhanden sey?

2) ob er sich, wenn er auch ja als Depositar zu behandeln wäre, eines doli oder culpae latae schuldig gemacht? und

3) ob er schuldig sey, den Appellaten das Interesse zu leisten?

zugleich einige Beweisartikel, mit der Bitte, die darin denominirten, und schon oben namentlich angegebenen Zeugen vor allen Dingen eidlich abzuhören. Er bringt ferner ein Attestat des Fürstlichen Schultheisenbey, wodurch beglaubiget wird, daß ausgepfändete Mobilien noch nie in einem Wirthshause deponirt worden wären; und die in der Hessen-Darmstädtischen Prozeßordnung enthaltene Vorschrift, wie es mit ausgepfändeten Mobilien gehalten werden solle, allerdings lex scripta an dem Orte sey.

§. 9.

In der Exceptionsschrift beziehen sich die Appellaten in der Hauptsache auf ante deducta, bemerken jedoch, daß auf den Zeugenbeweis nichts ankomme, überdem wären die Zeugen suspect, denn Wagner wäre des Appellanten Schwester Mann, und Will seiner Frauen Bruder, also beyde Schwäger.

§. 10.

Es wurden indessen die Zeugen dennoch salvis exceptionibus abgehört. Aus ihren Aussagen

Fol. 58. Actor.

ergiebt sich:

1) daß beyde Zeugen zugegen gewesen, und gesehen, wie die Kiste mit den Sachen von zwey

Sol-

Soldaten überbracht, und in des Producenten Behausung deponirt worden.

2) Daß sie beyde gehört, daß Producent die Kiste nicht habe annehmen wollen, und dagegen protestirt habe, auch sey die Kiste nicht verschlossen, und der Schultheiß nicht zugegen gewesen, als solche überbracht worden. Die Soldaten hätten aber gesagt, daß dieselbe nur einige Tage da stehen bleiben solle.

§. 11.

In dem Verfahren über diesen Beweis excipiren Appellaten:

1) Die Zeugen wären des Appellantens nahe Schwäger, und also suspect.

2) Der Beweis sey überhaupt irrelevant. Denn dem Producenten wäre durch die Einstellung jener Effecten in seine Wirthsbehausung von den obrigkeitlich bestellten Executoren die Verbindlichkeit auferlegt worden, nolens volens die gedachten Unterpfänder sorgfältig und so lang in Obacht zu nehmen, bis er von Obrigkeitswegen wieder davon befreyet werden würde. Durch seinen dolus oder culpa lata wäre die Kiste ausgeplündert worden, er müsse also auch den Schaden ersetzen. Ob Producent gegen die Einstellung protestirt habe oder nicht, darauf komme nichts an.

§. 12.

Appellant bat übrigens um Versendung der Acten. Die hiesige Facultät, an welche die Acten geschickt wurden, fand sich nun bewogen, die vorigen Erkenntnisse aufzuheben, und den Beklagten, jedoch mit Vergleichung der Unkosten, von der wider ihn angestellten Klage loßzusprechen. Die Transmissionskosten mußte er jedoch, als bittender Theil, allein übernehmen.

§. 13.

Es könnte nun zwar das Ansehen gewinnen, als ob das vorige Urtheil vom 18 Jun. 1803. zu bestätigen gewesen. Denn erwägt man die Umstände, welche sich aus den Acten unläugbar ergeben, nämlich daß der Beklagte gewußt, daß die bey ihm auf richterlichen Befehl eingestellte Kiste mit den ausgepfändeten Sachen nicht verschlossen gewesen, daß eben deswegen derselbe, wie er in seinem Duplikſatz selbst einräumt, von dem Mitkläger Kallmann Rothschild auf eine besondere Verwahrung derselben war aufmerksam gemacht worden, daß ferner diese besondere Aufsicht in dem gegenwärtigen Falle vorzüglich darum nöthig gewesen, weil die Hauskielischen Eheleute, denen die Sachen ausgepfändet worden, bey ihm im Hause wohnten, und daß alles dessen ungeachtet der Beklagte doch so wenig Vorsicht getroffen, daß seiner eigenen Angabe nach die Kiste von der Hauskielischen Ehefrau ist ausgeräumt worden; so läßt sich ein solches Benehmen

men gegen den Vorwurf eines an den dolum angränzenden hohen Grades von Nachlässigkeit kaum rechtfertigen.

Ja es scheint sogar der Verdacht eines doli selbst daraus hervorzugehen, daß der Beklagte, nachdem die Ausleerung der Kiste geschehen, nicht einmal hiervon beym Amte die Anzeige gemacht hat, welches doch vielleicht noch die Folge hätte haben können, daß die Sachen von den Hauskielischen Eheleuten durch wiederholte Auspfändung wieder zu erhalten gewesen.

§. 14.

Nun hat zwar Beklagter zu seiner Rechtfertigung vorgeschützt, daß die Deposition wider seinen Willen geschehen sey, indem er ausdrücklich dagegen protestirt habe. Er hat auch die geschehene Protestation durch Zeugen zu erweisen gesucht. Er hat sich ferner auf die Hessen-Darmstädtische Processordnung berufen, in welcher

P. 1. Tit. 8. §. 4.

ausdrücklich verordnet sey, daß bey gerichtlichen Auspfändungen nur das Vieh in ein Wirthshaus, andere Mobilien aber in ein Amt- oder Rathhaus gebracht werden sollen; und daß nach dieser Vorschrift die Kisten zu ihm an einen unrechten Ort gebracht worden. Er hat noch überdies ein Attestat des Amts-Schultheisen

Fol. 49. |19.|. Actor. Reg.

beygebracht, daß Beklagter niemalen ausgepfändete Sachen in seinem Hause gehabt habe.

Es steht indessen dem Beklagten immer entgegen, daß er, seiner Protestation ungeachtet, die unverschlossen gewesene Kiste gleichwohl in seinem Hause behalten, ohne weder von dem Zustande derselben dem Amte Nachricht zu geben, noch selbst für deren bessere Verwahrung auf irgend eine Art Sorge zu tragen.

§. 15.

Sodann ergiebt sich aus dem Amtsberichte,

Fol. 17. |7.| Actor. Regim.

daß die angeführte Stelle aus der Darmstädtischen Proceßordnung auf den Ort Gonzenheim nicht passe, und daß vielmehr bey Auspfändungen nach einer dort eingeführten contrairen Observanz die Sachen wegen Mangels eines Rathhauses in ein Wirthshaus deponirt zu werden pflegen. Es konnte sich also der Beklagte durch seine vorgegebene Protestation seiner Verbindlichkeit, die bey ihm gerichtlich deponirte Kiste zu verwahren, nicht wohl entledigen, da er diese Verwahrung ex neceſſitate iuris zu übernehmen verpflichtet war, nicht zu gedenken, daß er den Beweis der geschehenen Protestation blos durch seine nahen Schwäger zu führen gesucht hat, deren Zeugniß als suspect ohnehin keinen vollkommenen Beweis giebt.

§. 16.

§. 16.

Aus diesen Gründen scheint also nach der Lage der Sache den Beklagten nichts von der wider ihn angestellten Klage befreyen zu können, als wenn er durch den ihm nachgelassenen Beweis darthun kann, daß die von der Hauskielischen Ehefrau aus der Kiste entwendete Sachen ohnehin ihr Eigenthum nicht gewesen, oder deren Werth soviel nicht betragen habe, daß die Kläger daraus hätten befriediget werden können.

§. 17.

Allein daß dennoch, aller dieser Gründe ungeachtet, die Klage gegen den Beklagten nicht Statt finde, derselbe auch mit keinem weiteren Beweis zu belästigen, vielmehr pure freyzusprechen sey, erhellet aus folgenden Gründen.

1) War die Deposition der Kiste auf eine an sich ganz widerrechtliche und nichtige Art geschehen. Denn schon nach den bekanntesten Grundsätzen des gemeinen Proceßes müssen ausgepfändete Sachen gerichtlich verzeichnet, von verpflichteten Personen taxirt, und in gerichtliche Verwahrung genommen werden.

Oelze Anleitung zur gerichtl. Praxis §. 323. S. 510.

Martins Lehrbuch des teutschen gemeinen bürgerlichen Prozeßes §. 193. oder §. 259. der zweyten verbess. Auflage.

BIENERI Systema processus iudiciarii. Tom. II.

§. 213.

Auch nach ausdrücklicher Vorschrift der dort recipirten Hessen-Darmstädtischen Proceß-Ordnung

P. I. Tit. 8. §. 4.

sollen die ausgepfändeten Stücke an verwahrliche Orte, nämlich das Vieh in ein Wirthshaus, andere Mobilien aber in ein Amt- oder Rathhaus gebracht, und letztere nach 14 Tagen ohne längere Nachsicht an den Meistbietenden öffentlich verkauft werden.

Es war also eine unverzeihliche Fahrläßigkeit von Seiten des Gerichts, die Kiste mit den ausgepfändeten Sachen unverschlossen und unversiegelt, ohne alle Aufzeichnung der darin befindlichen Sachen, und Abschätzung derselben in des Beklagten Wirthshaus, in welchem noch dazu die ausgepfändeten Schuldner selbst wohnten, verwahrlich einzustellen.

§. 18.

Es kann dem Amte zu gar keiner Entschuldigung gereichen, daß zu Gonzenheim eine contraire Observanz eingeführt sey. Denn ein solches Verfahren streitet gegen alle Regeln einer guten Ordnung im Gericht, und kann um so weniger eine gültige Observanz begründen, je weniger sich bey solchen illegalen Handlungen eines Richters, die auf einen für die Justizpflege höchst nachtheiligen Mißbrauch hinauslaufen,

die

die stillschweigende Einwilligung des Landesherrn annehmen läßt.

Danz Handbuch des heutigen teutschen Privatrechts 1. Band §. 56. S. 195. lit. B.

Die Folge einer solchen vom Amte zu Schulden gebrachten Pflichtverabsäumung kann also nur dem Amte, aber keinesweges dem Beklagten zur Last gelegt werden; folglich zwar eine Regreßklage gegen das Amt, aber keine Entschädigungsklage wider den Beklagten begründen, da jede Uebereilung, auch selbst die geringste Unvorsichtigkeit den Richter quasi ex delicto verantwortlich macht, und eine actio in factum wider denselben begründet.

L. 6. D. de extraord. cognit.

PUFENDORF Tr. de Culpa P. VII. Cap. 2. §. 6.

Webers systemat. Entwickelung der Lehre von der natürlichen Verbindlichkeit §. 12. Not. 4. S. 36. der neuesten Aufl. von 1805.

§. 19.

Hiernächst war 2) der Beklagte gar nicht schuldig, die bey ihm gegen seinen Willen eingestellte Kiste zur Verwahrung zu übernehmen. Kein Gesetz legte ihm diese Verbindlichkeit auf. Er hat sich auch zu keiner Verwahrung verpflichtet, vielmehr sogleich bey geschehener Deposition dagegen ausdrücklich protestirt. Ist nun gleich dieser Umstand blos durch die beyden Schwäger des Beklagten bewiesen worden, so ist doch

die-

dieser Beweis um deshalb nicht zu verwerfen, weil eines Theils die Aussage jener Zeugen eidlich bestärkt ist, andern Theils aber diesem Umstande nirgends von den Gegnern widersprochen, sondern nur dagegen eingewendet worden ist, daß bey einer nothwendigen Deposition der eingelegte Widerspruch des Beklagten keine Rücksicht verdiene, indem er nolens volens zur Verwahrung der Kiste verbunden gewesen. Ist nun also die Deposition an sich illegal, und auch wider den Willen des Beklagten geschehen, so kann daraus eine Verbindlichkeit zum Schadensersatz um so weniger entstehen, als zur Begründung derselben die freye entweder ausdrückliche oder stillschweigende Einwilligung der Contrahenten erfordert wird.

LAUTERBACH Colleg. th. pract. Pand. Lib. XVI. Tit. 3. §. 7.

§. 20.

Ueberdem ist 3) überhaupt der Depositar bekannten Rechten nach nur wegen eines doli oder einer culpae latae, die dem dolo gleichgeachtet wird, verantwortlich;

§. 3. I. Quib. mod. re contrah. oblig.
L. 5. §. 2. D. Commod.
L. 1. §. 7. D. Depositi.
L. 23. D. de Reg. iuris.

und zwar wird dieser dolus oder culpa lata bey dem Deposito darnach bestimmt, wenn der Depositar

mit

mit der hinterlegten Sache nachläßiger, als mit seiner eigenen, umgeht, weil man vernünftiger Weise annehmen muß, der Deponent habe sich darauf verlassen, daß der Depositar seine gewöhnliche Sorgfalt auf die hinterlegte Sache verwenden werde.

Ev. OTTO in Commentar. ad §. 3. I. Quib. modis re contrah. obligat.

HUBER Praelect. ad Institut. Lib. III. Tit. 15. §. 14.

PROUSTEAU Recitat. ad L. 23. D. de Reg. iur. Cap. VI. §. 1. (in *Thesaur. Meermann.* Tom. III.)

Daher sagt.

L. 32. D. depositi.

Quod NERVA diceret, *latiorem culpam dolum esse*, PROCULO displicebat, mihi verissimum videtur. Nam et si quis non ad eum modum, quem hominum natura desiderat, diligens est, (d. i. wenn Jemand ein sehr nachläßiger Mensch ist) nisi tamen *ad suum modum* curam in deposito praestat, (und er nicht einmal soviel Aufmerksamkeit auf die deponirte Sache wendet, als auf seine eigene, so ist er wegen eines doli verantwortlich) fraude non caret. *Nec enim salva fide minorem iis*, (den deponirten Sachen) *quam suis rebus, diligentiam praestabit.*

S. Höpfners Commentar über die Heineccischen Institutionen §. 784. Not. 1.

§. 21.

Hieraus folgt, daß wenn die deponirte Sache durch die Nachläßigkeit des Depositars verloren geht, gegen denselben keine Klage Statt habe, wenn er wenigstens diejenige Sorgfalt auf die hinterlegte Sache verwendet hatte, die er seinen eigenen Sachen zu widmen gewohnt ist, wie es in der

L. 1. §. 5. D. de Obligat. et action.

ausdrücklich heißt: Is quoque, apud quem rem aliquam deponimus, re nobis tenetur. Sed is etiam, *si negligenter rem custoditam amiserit*, securus est: quia enim non sua gratia accipit, sed eius, a quo accipit; in eo solo tenetur, *si quid dolo perierit.* Negligentiae vero nomine ideo non tenetur, *quia qui negligenti amico rem custodiendam committit*, de se queri debet. *Magnam* autem *negligentiam* placuit *in doli crimen* cadere.

§. 22.

Nach Maasgebung dieser klaren Gesetzstellen käme also alles darauf an, ob Beklagter mit der bey ihm eingestellten Kiste nachläßiger, als mit seinen eigenen Sachen, umgegangen sey. Dieser Beweis ist nun von den Klägern, denen er obgelegen hätte, nirgends beygebracht worden, und kann aus den in den Zweifelsgründen angeführten Umständen um so weniger hergeleitet werden, da im Zweifel nie ein dolus vermuthet wird, sondern jederzeit ex indiciis perspicuis erwiesen werden muß.

L. 6.

L. 6. Cod. de dolo malo

L. 18. §. 1. D. de probat.

de COCCEJI ius civ. controv. Lib. XVI. Tit. 3. Quaeſt. 5.

EMMINGHAUS ad Eund. not. h. Tom. II. p. 320.

Nun ergiebt ſich zwar aus allen in facto angegebenen Umſtänden ſoviel, daß der Beklagte ſich allenfalls einer Nachläßigkeit ſchuldig gemacht hätte, wofern er als Depoſitar zu behandeln wäre; keinesweges aber iſt daraus erweislich, daß er auf die deponirten Sachen diejenige Sorgfalt nicht verwendet habe, welche er ſeinen eigenen Sachen zu widmen pflegt, und daß er ſich mithin eines doli oder culpae latae ſchuldig gemacht habe, für welche er doch nur allein verantwortlich ſeyn würde. Si enim *ſine dolo malo* rem tibi depoſitam amiſeris, *nec depoſiti teneris*; ſagt

L. 20. D. depoſiti.

§. 23.

Zu dem allen tritt endlich

4) noch der Grund, daß die Klage, als viel zu generell und unbeſtimmt angebracht, ſogleich hätte verworfen werden ſollen. Jede Klage, welche nicht als inept verworfen werden ſoll, muß

a) eine genaue und beſtimmte Angabe aller die Forderung des Klägers begründenden Thatumſtände (fundamentum agendi) enthalten, welche hiſtoriſch dar-

geſtellt,

gestellt, die Geschichtserzählung ausmachen. An dieser fehlte es der Klage, so wie sie in den Acten war angebracht worden, gänzlich. Es erhellet daraus so wenig, wie viel die Forderung des Mitklägers Kallmann Rothschild an die Hauskielische Eheleute betragen, noch wie die Kiste mit den ausgepfändeten Sachen in das Haus des Beklagten gekommen, ob und aus welchem Grunde er die Verwahrung derselben übernommen, oder dazu verbunden gewesen. Noch weniger ist daraus zu ersehen, was für Sachen in der Kiste befindlich gewesen, und welche daraus entwendet worden sind, und wieviel der Werth der letztern beträgt. Gleichwohl verlangen Kläger, daß der Beklagte sie entschädigen solle. Diese Entschädigung könnte aber doch nur darin bestehen, daß Beklagter den Werth der Sachen ersetze, die durch seine culpa lata oder durch seinen dolus aus der Kiste entwendet worden sind. Kläger hätten also vor allen Dingen erst näher angeben und erweisen sollen, welche Sachen in der Kiste befindlich gewesen, und dies um so mehr, da die Sachen dem Beklagten nicht vorgezeigt worden sind.

MEVIUS P. IX. Decis. 54.

§. 24.

b) Das Gesuch einer Klage muß concludent, und der Verbindlichkeit des Beklagten durchaus gemäß eingerichtet seyn. Auch an diesem Erfordernisse fehlte es der angebrachten Klage gänzlich. Die Kläger richteten

näm-

nämlich ihr Gesuch auf volle Entschädigung derselben, ohne jedoch in der Klage angegeben noch erwiesen zu haben, daß in der spoliirten Kiste wirklich soviel Sachen enthalten gewesen, als die vollkommene Befriedigung der Kläger erfordert hätte. Wie konnte nun also Beklagter, so lange der innere Gehalt und Werth der eingestellten Kiste von den Klägern weder angegeben noch erwiesen war, den Rechten nach für schuldig erklärt werden, die Kläger wegen dessen, was der Wilhelm Hauskiel nach dem Verkauf seines ebenfalls ausgepfändeten Strumpfwirkerstuhls und der in der Kiste noch befindlich gewesenen Sachen an den Kallmann schuldig bleiben wird, vollkommen zu entschädigen?

§. 25.

Da übrigens, soviel die Kosten dieses Rechtsstreits anbetrift, die Kläger zwey günstige Erkenntnisse für sich haben, in deren Rücksicht sie wenigstens ihrer Seits gegen den Vorwurf einer ungerechten Proceßführung gedeckt sind, so haben die Kosten des Proceßes gegen einander aufgehoben werden müssen, dahingegen die gegenwärtigen Actenversendungskosten Beklagter, als bittender Theil, billig allein zu tragen schuldig war.

XLVIII.

Rechtliches Gutachten über die Ansprüche des Herrn Grafens Reuß zu Köstritz bey der Succeßion in die Herrschaft Gera.

---

§. 1.

Das Geschlecht der Herren Fürsten und Grafen Reuß theilt sich gegenwärtig in die ältere und jüngere Linie. Die ältere besteht aus den Herrschaften Obergraitz nebst Dohlau und Untergraitz nebst Burgk, die jüngere aus den Herrschaften Gera, Schleitz und Lobenstein, nebst Saalburg, welche letztere sich wieder in zwey regierende Häuser, Lobenstein und Ebersdorf, getheilt hat. Der Hauptvertrag vom Jahr 1668. §. 46. stellt die fünf Herrschaften, als eben so viele Theile des ganzen Landes und jeden fünften Theil als ein Unzertrennliches des Ganzen dar. Er bestimmt zugleich die Erbfolge und macht zwey Hauptäste, einen aus der ältern und den andern aus der jüngern Linie, zwischen welchen die gesammten Stammgüter in fünf gleiche Theile auf die schon angegebene Art getheilt worden.

§. 2.

In Ansehung der Erbfolge wurde festgesetzt, daß wenn in der einen Stammlinie keine männliche Lehens-

erben vorhanden seyn würden, der abgegangene Antheil an allen und jeden Herrschaften, Gütern und Lehen, sammt allen Regalien, Rechten, Privilegien ꝛc. nichts ausgenommen, außer was Erbe und nicht in der Vereinigung als Lehen erklärt und verglichen ist, mit allen Patrimonial und Lehen oneribus, auf die andere überlebende Linie, nach Art und Weise, wie es bey dem Reußischen Stamme Herkommens ist, fallen soll, nämlich auf alle diejenigen, welche sich in solcher Linie Lehensfähig befinden, mit einander zugleich, nach den Stämmen und nicht nach den Häuptern ohne Rücksicht, ob sie im Grade näher, oder entfernter sind.

§. 3.

Die Succeßion in den Unterlinien wurde so bestimmt, daß auf den Abgang einer derselben, deren Herrschaften und Güter, auf die andere (es sey eine oder mehrere vorhanden) und zwar auf alle diejenigen, so sich in derselben Unterlinie befinden, mit einander zugleich in stirpes und nicht in capita fallen sollen. In einem dem Hauptvertrage hinzugefügten Nebenreceß wurde festgesetzt, daß die fünf Haupttheile nicht wieder subdividirt, sondern jedesmal auf den ältesten Sohn, sammt der Regierung verfällt, und den Nachgebohrnen eine gewisse Apanage ausgesetzt werden soll.

§. 4.

Wegen der Abfindung der nachgebohrnen Heren verordnete Heinrich I. jüngerer Reuß, Besitzer der

Herrschaft Schleitz, in seiner am 1. Dec. 1679. errichteten väterlichen Disposition, nebst Wiederholung der eingeführten Primogenitur (§. 1. 2. 7.) daß die Einkünfte der Herrschaft, nach Abzug der Zinnsen von den darauf haftenden Schulden in drey Theile zerschlagen werden sollen, wovon der eine dem ältesten, nebst allen Mobilien und Fahrniß, wegen der ihm obliegenden Regierungslast zum Voraus verbleiben und der Erstgebohrne davon das Schloß und andere Gebäude in baulichen Stand erhalten, auch alle Beamte besolden soll. (§. 3. 4.) Die andern zwey Drittheile der Intraden soll der Erstgebohrne mit seinen andern Brüdern theilen, und daran seinen Antheil ebenfalls zu gewarten haben. (§. 5.) Wenn eines abgetheilten Bruders männliche Linie abstirbt, sollen von seinen Einkünften, die er zu seiner Portion bekommen, wie hoch solche bey seinem Tode gewesen $\frac{1}{3}$ um das Majorat zu verstärken, demjenigen, so es selbiger Zeit der Primogenitur nach haben wird, heimfallen, die übrigen $\frac{2}{3}$ aber unter die sämtlichen Vettern, worunter denn der regierende Herr, in so fern er mit den andern succedirenden Vettern in gleichem Grade der Sippzahl zu befinden, auch mit zu verstehen, in stirpes und nicht in capita getheilt werden. (§. 8.) Wenn die männlichen Descendenten Heinrichs I. über das, so ihnen aus der Herrschaft Schleitz gebühret, mit noch mehrern Lehensanfällen begabet werden, so soll der regierende Herr zwar die Substanz solcher Anfälle, wenn es in einer

Herr-

Herrschaft, oder Stück Landes besteht, allein haben, auch von den Einkünften vorerst den dritten Theil zu seinem Voraus empfangen, die übrigen $\frac{2}{3}$ aber nach Anzahl der Stämme getheilt werden. (§. 14.)

§. 5.

Diese Disposition wurde in einem von dem Grafen Heinrich I. am 25. May 1687. errichtetem Testament unter andern dahin modificirt, daß nach dem Ableben des Herrn Testators, dessen ältester Sohn Heinrich XI. die ganze Herrschaft Schleitz mit allen Intraden derselben erhalten, der jüngere Sohn Heinrich XXIV. hingegen, statt des in der vorigen Disposition geordneten Antheils der nach Abzug des praecipui verbleibenden $\frac{2}{3}$ der Einkünfte, alle andere über die Herrschaft Schleitz dem Testator zustehende Lehen und Rittergüter allein bekommen soll. Bey den dem jüngern Sohne zugetheilten Lehengütern soll unter seinen männlichen Descendenten das Recht der Erstgeburt gleichermaßen und mit eben den Bedingungen, wie bey der Herrschaft Schleitz beobachtet und eingeführt werden.

§. 6.

Hiernächst haben die gesammten Herrschaften älterer und jüngerer Linie in dem Geschlechtsreceß vom J. 1681. jedem Herrn, der die Primogenitur einführt,

freygelassen, den nachgebohrnen Herren, nach Beschaffenheit des Lehens zulässigen Unterhalt zu verschaffen und entweder auf baar Geld, oder gewisse Einkünfte anzuweisen. Ferner wurde in dem Geschlechtsreceß vom Jahr 1690. wegen des Primogeniturrechts und der Abfindung der nachgebohrnen Herren die Bestimmung gemacht, daß der älteste und regierende Herr bey den Succeßionsfällen von den gesammten Intraden eines fünften Hauptttheils $\frac{1}{3}$ der Einkünfte zum praecipuo haben, die übrigen $\frac{2}{3}$ aber unter ihm und seinen andern Brüdern und Vettern, als womit diese ihre Abfindung bekommen, gleich getheilet werden sollen, welche Abfindungsart auch auf andere künftige Lehens- Succeßions- und dergleichen Fälle extendirt worden.

§. 7.

Zur Sicherheit der Deputate soll den nachgebohrnen Herren, an jedem Hauptlandestheil und dessen Pertinenzen die Generalhypothek, cum clausula constituti possessorii et pacto executivo cum iure electionis zustehen. Die zur Ausmachung des dritten Theils als des praecipui und Eintheilung der übrigen $\frac{2}{3}$ des Deputats bestimmte Personen sollen untersuchen, welcher Gestalt an gewissen Orten und Intraden, oder auch in Ritter- und Allodialgütern, die in landüblichen Tax gebracht worden, als woran zuvörderst die Anweisung zu thun, das Unterhaltungsdeputat der

Brüder und Vettern zu aßigniren und zuzueignen seyn möchte.

§. 8.

Der Herr Graf Heinrich I. unterschrieb zwar den Geschlechtsreceß vom J. 1690. jedoch mit der ausdrücklichen Erklärung, dadurch von den in seinem Hause der Primogenitur halber bereits getroffenen Dispositionen nicht im mindesten abgegangen zu seyn. Nach dessen am 18. März 1692. erfolgten Ableben haben seine beyden Herren Söhne, in Gemäßheit der väterlichen Disposition, die Theilung und Abfindung vorgenommen und es entstanden in dem Hause Schleitz zwey Linien, nämlich die regierende und die Kostritzer Nebenlinie.

§. 9.

Mit dem im April 1802. erfolgten Tode des ohne Descendenz verstorbenen Herrn Grafen Heinrichs XXX. jüngerer Linie Reuß, regierenden Herrns zu Gera, ist die Geraische Linie gänzlich ausgestorben. Derselbe besaß nebst der Herrschaft Gera und Saalburg, eine beträchtliche Anzahl Ritter- und Allodialgüter. Es war keinem Zweifel unterworfen, daß nach den Hausgesetzen die Herrschaft Gera nebst Zubehörungen, an die beyden Häuser Schleitz und Lobenstein, und zwar auf jedes zur Hälfte fällt. Eben so war es unbestritten, daß die Substanz der halben Herrschaft Gera,

nebst der Landesregierung, Hoheitsrechten u. dgl. der regierenden Linie zu Schleitz verbleibt, die Einkünfte des Anfalls aber dermassen zu vertheilen seyn, daß der regierende Herr davon den dritten Theil zum Voraus erhält, die übrigen zwey Drittheile aber mit seinen nachgebohrnen Herren Vettern aus der Köstritzer Linie nach den Stämmen zu vertheilen hat. Es entstanden aber gleichwohl folgende Fragen.

§. 10.

Erstlich: Ob die Köstritzer Linie mit Bestand Rechtens verlangen könne, daß ihr zu dem ihr von der Herrschaft Gera anfallenden Deputat hauptsächlich Ritter- und Allodialgüter angewiesen werde, und die Schleitzer regierende Linie hierzu nach strengem Rechte verbunden sey? Die schon angeführte Disposition Heinrichs I. vom Jahr 1679. als des gemeinschaftlichen Stammvaters der Schleitzer sowohl regierenden, als der Köstritzer Nebenlinie scheint die Forderung der letztern nicht zu begünstigen. Denn sie verordnet blos, daß die Intraden der Herrschaft, nach Abzug der Zinnsen von den Schulden, in drey Theile zerschlagen werden sollen, wovon der älteste, als der regierende Herr, einen Theil zum Voraus haben und die andern zwey Theile mit seinen andern Brüdern theilen soll. Das nämliche soll auch in dem Falle statt finden, wenn seine

männlichen Descendenten künftig mit noch mehrern Lehnsanfällen begabt würden, daß nämlich der regierende Herr zwar die Substanz solches Anfalls allein haben und besitzen, aber die Einkünfte, nach Abzug seines dritten Theils, als des praecipui, mit den Nachgebohrnen, nach Anzahl der Stämme theilen soll. Der Beysatz, wenn der Anfall in einer Herrschaft, oder Stück Landes besteht, scheint auf Ritter- und Allodialgüter gleichfalls anwendbar zu seyn, daß die nachgebohrnen Herren nur von deren Einkünften ihr festgesetztes Deputat bekommen sollen. Auch der Familienreceß vom Jahr 1690. verordnet nicht nur für die damaligen Zeiten, sondern auch auf die künftigen Lehens-Succeßionsfälle, daß der älteste oder regierende Herr von den gesammten Intraden den dritten Theil zum Voraus bekommen, die übrigen $\frac{2}{3}$ der Einkünfte aber mit seinen Brüdern und Vettern gleich theilen soll, als womit diese ihre Abfindung bekommen.

§. 11.

Dagegen dürfte nichts hindern, daß nach eben diesem Receß die Anweisung des Deputats der nachgebohrnen Herren zuvörderst in Ritter- und Allodialgütern, die in Landüblichen Tax zu bringen, geschehen soll. Denn eine ähnliche Verfügung kommt in den letzten Willensmeinungen des Grafens Heinrichs I. nicht vor, und derselbe hat ausdrücklich erklärt, daß er

durch die Unterschrift des Geschlechtsrecesses von seinen väterlichen Verordnungen von den Jahren 1679. und 1687. nicht im geringsten abgewichen haben wolle. Der Umstand, daß nach diesem Geschlechtsreceß den nachgebohrnen Herren zur Sicherheit ihres Deputats und dessen Lieferung, in jedem Hauptlandestheil und dessen Pertinenzen die Generalhypothek cum clausula constituti possessorii et pacto executivo cum iure electionis zustehen soll, beweißt gar nichts. Denn das den abgefundenen Herren gestattete ius electionis ist nur von der Wahl ihrer Sicherheitsmittel, nicht aber so zu verstehen, daß sie bey einem Anfall wählen könnten, ob sie die Abfindung in Einkünften, oder in Ritter- und Allodialgütern haben wollten.

§. 12.

Allein der Graf Heinrich I. hat in seiner Disposition vom Jahr 1679. die Verordnung, daß der regierende Herr die Substanz eines Anfalls allein haben und besitzen und die Einkünfte, nach Abzug des ihm zum Voraus geordneten dritten Theils mit seinen Brüdern und Vettern theilen soll, ausdrücklich auf den Fall eingeschränkt, wenn der Anfall in einer Herrschaft oder Stück Land besteht. Dieser Ausdruck ist auf bloße Ritter- und Allodialgüter nicht anwendbar. Unter einer Herrschaft wird gewöhnlich eine Dynastie, Baronie, nämlich ein aus mehreren Ortschaften bestehendes Territorium verstan-

den und dieses zeigt der Beysatz Stück Land noch mehr an.

Besolds thesaurus practicus art. Herrschaft.

Wehners Observat. selectae art. Herrschaft.

In den Reichsgesetzen werden Graf- und Herrschaften in eine Classe gesetzt.

Wahlcapit. Art. XI. §. 10.

Von einem regierenden Herrn, wie der Graf Heinrich I. war, der Rechts gelehrte Räthe gehabt hat, ist gegründet zu vermuthen, daß er bey einer rechtlichen Handlung die gebrauchten Worte im juristischen Sinn werde genommen haben. Seine Disposition steht also dem Gesuch der Köstritzer Linie nicht entgegen.

§. 13.

Hiernächst ist in dem Familienreceß von 1690. nicht nur nachgelassen, die nachgebohrnen Herren mit Gütern abzufinden

§. 6. verb. im Fall er ihnen nicht etwa soviel an, in landüblicher Tax gebrachten Gütern, oder Erbzinnsen eingeräumt und übergeben.

§. 22. verb. wenn zumal zum Deputat gewisse Güter angewiesen werden

sondern im §. 10. sogar bestimmt vorgeschrieben, daß die Anweisung in vorher taxirten Ritter- und Allodialgütern zuvörderst zu thun seyn soll. Die Gräflich Köstritzer Linie kann folglich die Abfindung mit Ritter-

und

und Allodialgütern um so mehr mit Recht verlangen, als nach der überschickten Geschichtserzählung es bey dem Anfall der Herrschaft Gera keineswegs an schicklicher Gelegenheit fehlt, den nachgebohrnen Herren aus dieser Linie zu ihrem Deputat Ritter- und Allodialgüter anzuweisen. Heinrich I. hat diesen Familienreceß mit unterschrieben, und seine oben angeführte Erklärung bey der Unterschrift will nur soviel sagen, daß der Familienreceß seine vorher gemachten Dispositionen nicht derogiren soll. In solchen ist aber nicht verboten, daß die nachgebohrnen Herren mit Ritter- und Allodialgütern abgefunden werden sollen. Daß vielmehr eine solche Art der Abfindung dem Willen desselben vollkommen gemäß sey, erhellet auf das deutlichste daraus, weil er selbst in seinem Testament vom J. 1687. verordnet hat, daß sein nachgebohrner Sohn Heinrich XXIV. von welchem die Köstritzer Linie abstammt, mit Ausnahm der Geschlechts Herrschaft Schleitz, alle ihm zustehende Lehen- und Rittergüter allein bekommen soll. Es ist demnach schon ein Beyspiel vorhanden, da einem nachgebohrnen Herrn, zu seinem Deputat, Rittergüter angewiesen worden sind, welche Art der Abfindung der damahlige Erstgebohrne und regierende Herr sich hat gefallen lassen. Zur Begründung einer Observanz ist ein unicum factum hinlänglich.

Glücks Erläuterung der Pandecten I. Th. §. 84. S. 448.

von

von Spangenbergs Comment. de obſervantia imperii §. 9.

§. 14.

Aus dieſen Gründen ergiebt ſich die Befugniß der Köſtritzer Linie zu verlangen, daß ihr zu ihrem von der Herrſchaft Gera anfallenden Deputat hauptſächlich Ritter- und Allodialgüter angewieſen werden. Wenn nun gleich die nachgebohrnen Herren dieſer Nebenlinie, wie aus einem Nachtrag zu der Geſchichtserzählung zu erſehen war, dieſe Art der Abfindung nicht wollen, ſo muß ihnen dieſes zwar frey gelaſſen werden; es bleibt aber doch dem erſtgebohrnen Herrn aus dieſer Linie unbenommen, ſoviel ſeinen Antheil betrift, die Abfindung mit Ritter- und Allodialgütern zu fordern.

§. 15.

Zweytens wurde die Frage aufgeworfen: Ob der Erſtgebohrne in der Köſtritzer Linie, dermalen Herr Graf Heinrich XLIII. von demjenigen Anfall, welcher von der Herrſchaft Gera auf die Köſtritzer Linie kommt, es mag nun derſelbe in Gütern, oder in baaren Gelbeinkünften beſtehen, ein Drittheil zum Voraus verlangen kann, ſo daß nur die übrigen zwey Drittheile davon zwiſchen ihm, ſeinem Herrn

Bru-

unschuldigen Theils nicht verfolgt werden, weil bey denselben jener Grund nicht Statt findet. Wollte man

4) behaupten, Beklagter habe sich des Erbrechts an dem Vermögen seiner verstorbenen Frau sowohl durch die gegen sie geständlich verübten Thätlichkeiten, als durch den begangenen Ehebruch schon an sich unwürdig und also verlustig gemacht, so müßte ein Gesetz vorhanden sey, welches den eines solchen Verbrechens schuldigen Ehegatten für unwürdig erklärt, und ihn von der Erbschaft des verstorbenen unschuldigen Theils ausschließt. Allein die gemeinen Rechte enthalten eine solche Verordnung nicht, wie schon

LEYSER in Meditat. ad Pand. Vol. VI. Specim. CCCXCVIII. med. 10.

und

HAUBOLD ad Bergeri Oeconom. iuris. Tom. I. pag. 557. not. *q*.

gezeigt haben. Das römische Recht setzt wenigstens immer Ehescheidung, als Bedingung voraus, wenn die damit verknüpfte Strafen der Privation eintreten sollen.

L. 19. D. de Verb. Obligat. Nov. 117. cap. 8. HOFACKER Tom. I. §. 495. et not. *a*.

Und hier kann denn ohnehin von keiner weitern Erbfolge unter den Ehegatten die Rede seyn, weil der Grund derselben, nämlich die Ehe, aufgehoben ist.

HOFACKER c. l. §. 494. in fine

Wenn

Wenn nun gleich das canonische Recht

cap. 10. X. de consuetud.

cap. 4. X. de donat. inter vir. et uxor.

die Strafen der Privation wegen eines begangenen Ehebruchs bestätiget, ohne deshalb ein totales divortium in Absicht auf das Band der Ehe zuzulassen; so läßt sich doch daraus noch keinesweges folgern, daß dasselbe den Verlust des Erbrechts zur unmittelbaren Folge des Ehebruchs gemacht habe.

Es wird vielmehr, wenn die Strafe der Privation eintreten soll, auch im canonischen Recht als Bedingung vorausgesetzt, daß eine Separation vom Tisch und Bett, welche die Stelle des divortii vertritt, geschehen sey, sie sey nun entweder iudicio ecclesiae erkannt, oder oder propria voluntate des schuldigen Theils geschehen, wie in dem

cap. 4. cit.

ausdrücklich gesagt wird, und daß auch nachher keine Aussöhnung erfolgt sey; welches also auf den gegenwärtigen Fall um so weniger Anwendung leidet, da Beklagter die Ehe mit seiner Frau bis an deren Tod fortgesetzt hat.

Nicht zu gedenken, daß selbst in dem Falle, da keine Aussöhnung erfolgt ist, den Erben des unschuldigen Theils in jenen Texten des Canonischen Rechts doch nur eine Einrede gestattet wird, um den schuldigen Ehegatten zurückzuweisen, wenn dieser auf die

Zurückgabe des Heyrathsguts und andere dem überlebenden Ehegatten an dem Vermögen des Verstorbenen sonst zustehende Vortheile klagt, und sich dadurch im Besitz zu schützen, welches, wie selbst der von den Klägern angeführte

BOEHMER in Diss. de privatione dotis et successionis statutariae ex capite adulterii Cap. I. §. 21. circ. fin.

bemerkt, offenbar keinen andern Grund hat, als weil der verstorbene unschuldige Theil durch Innebehaltung des Vermögens des Schuldigen bey erfolgter Separation sich schon seines Rechts bedient, und die mit dem Ehebruch verknüpfte poenam discidii bey seinem Leben schon wirklich ausgeübt hatte.

Hieraus ergiebt sich nun also von selbst, daß den Erben des unschuldigen Theils auch selbst nach dem Canonischen Rechte keine Klage auf Privation zustehe, wenn der Verstorbene sich seines Rechts noch nicht bedient hatte, wie

GONZALEZ *de* TELLEZ in Commentar. ad Cap. 4. X. de donat. inter vir. et uxor. Tom. IV. pag. 294.

PUFENDORF Observat. iur. univ. Tom. III. Obs. 122.

HOFACKER Tom. I. §. 497.

und

THIBAUT im angef. System §. 439. oder §. 470. der 2ten Aufl.

gezeigt haben.

So

So wenig nun der Kläger Intention im gemeinen Rechte begründet ist, so wenig begünstigen auch dieselbe endlich

5) die von ihnen angeführten Churſächſiſchen Conſtitutionen

P. IV. Conſt. 21.

da ſelbige weder vermöge des gerichtlichen Marginalatteſtats

Fol. 104. b. Actor.

in den dortigen Gerichten recipirt, noch auf den gegenwärtigen Fall anwendbar ſind, indem ſie den Fall vorausſetzen, daß der unſchuldige Theil auf die ihm wegen des Ehebruchs des andern gebührende Genugthuung habe klagen wollen, allein durch den Tod übereilt und gehindert worden ſey; welches aber hier der Fall nicht iſt, indem des Beklagten Ehefrau ſeit dem 23. Oct. 1802. da die Unterſuchung gegen ihren Ehemann den Anfang nahm, noch bis zum Februar des Jahrs 1803. gelebt hat.

Daher denn die Kläger bey dem gänzlichen Ungrunde ihrer Klage auch nicht einmal mit Erſtattung der Prozeßkoſten haben verſchont werden können, obgleich die Transmißionskoſten, da die Verſendung der Acten von Amtswegen geſchehen iſt, von beyden Theilen gemeinſchaftlich zu entrichten ſind.

Aus dieſen Gründen hat demnach ſo, wie das Urtheil beſagt, erkannt werden müſſen.

XLVII.

Ist derjenige, bey welchem ausgepfändete Sachen eines Schuldners wider seinen Willen, jedoch auf Befehl des Richters, eingestellet und in Sicherheit gebracht worden sind, im Falle einer geschehenen Entwendung derselben, zu deren Ersatz verbunden?

---

§. 1.

Wilhelm Hauskiel zu Gonzenheim wurde wegen einer dem Schutzjuden Kallmann Rothschild zu Homburg schuldigen Summe, wofür der Nagelschmidmeister Philipp Jacob Marx Bürgschaft geleistet hatte, ausgepfändet. Es wurde ihm nämlich, außer seinem Strumpfwirkerstuhl, auch noch eine Kiste mit Kleidungsstücken und leinenen Tuche genommen, und diese auf richterlichen Befehl bey Heinrich Rühl zu Gonzenheim, bey welchem der Schuldner zur Miethe wohnte, als Wirth, seiner Protestation ungeachtet, eingestellt. Diese Kiste, welche unverschlossen und auch so beschaffen war, daß sie nicht verschlossen werden konnte, wurde einige Zeit nachher von des Schuldners Ehefrau in Rühls Abwesenheit ausgeplündert. Deswegen klagten nun der Jude Kallmann Rothschild, und der Schmidtmeister Marx gegen den Wirth Rühl, bey dem

Fürstl.

Fürstl. Landesjustizamt zu Homburg dahin, daß er sie zu entschädigen schuldig sey.

§. 2.

Noch an dem nämlichen Tage, an welchem die Klage war angestellet worden, wurde nach einem kurzen Verfahren unterm 24. May 1802. vom Amte folgender Bescheid eröfnet:

„Daß Beklagter schuldig sey, die Kläger wegen dessen, was Wilhelm Hauskiel nach dem Verkauf seines auch ausgepfändeten Strumpfwirkerstuhls und der wenigen noch in der Kiste befindlichen Sachen an den Kallmann Rothschild noch schuldig bleiben wird, vollkommen zu entschädigen. Es bleibe ihm jedoch unbenommen, die nöthigen Maasregeln gegen die Wilhelm Hauskielischen Eheleute zu erwirken."

§. 3.

Beklagter wandte dagegen die Appellation an die Regierung ein. In seiner Justificationsschrift beschuldiget derselbe 1) den Mitkläger Kallmann einer Collusion mit dem Schuldner. Er führt nämlich an, daß in der Kiste leinenes Tuch gewesen, welches den Hauskielischen Eheleuten zum Bleichen übergeben worden, und welches daher auf jeden Fall den Eigenthümern hätte zurückgegeben werden müssen. Dies sey dem Kallmann wohl bekannt gewesen, weshalb er

so

so wenig auf die Verwahrung der Kiste, als auf den Verkauf der darin befindlich gewesenen Sachen gedrungen, sondern selbige so lange stehen gelassen habe, bis die Hauskielischen Eheleute seinen Wunsch erfüllt, und die Kiste ausgeleert hätten, um sich nachher an ihn, den Appellanten, halten zu können. 2) Habe Appellant auch gleich Anfangs gegen die Einstellung der Kiste in sein Haus protestirt, welches er mit Zeugen, dem Heinrich Wagner und Johann Will, beweisen könne, und den Soldaten, durch welche die Auspfändung des Schuldners geschehen sey, vorgestellet, daß dergleichen ausgepfändete Mobilien nicht in sein, sondern des Schultheisen Haus gehörten, wohin sie jene Kiste bringen möchten. Allein seine Vorstellungen wären vergebens gewesen. Er beruft sich endlich noch 3) auf die dort recipirte Hessen Darmstädtische Prozeßordnung

P. 1. Tit. 8. §. 4.

wo es heißt:

„daß die ausgepfändeten Stücke an verwahrliche Orte, nämlich das Vieh in ein Wirthshaus, andere Mobilien aber in ein Amt- oder Rathhaus gebracht, daselbst jenes drey, diese vierzehen Tage gelassen, und immittelst dem debitori, ob er solches durch Zahlung oder Lieferung des Iudicati lösen wolle, zum Belieben gestellt, nach Ablauf dieser Zeit aber alles ohne längere Nachsicht an den Meistbietenden öffentlich verkauft werden soll."

Dieser

Dieser Vorschrift sey kein Genüge geschehen, er sey also auch auf keine Weise verbunden, für die ausgepfändeten Sachen haften zu müssen. Er bat daher um ein reformatorisches Erkenntniß.

§. 4.

In dem Berichte, mit welchem die Acten abgefordert wurden, führt das Amt an, daß in dem libello gravaminum ganz andere Umstände seyen vorgetragen worden, als in den Voracten enthalten wären, und daß diese nichts releviren könnten. Daß fremde Sachen in der Kiste gewesen, sey nicht glaublich, da von den Hauskielischen Eheleuten mehrmals supplicirt, und vorgestellt worden, daß in der Kiste ihr ganzes Vermögen bestehe. Die Appellanten hätten sich überdem alle Mühe gegeben, die ausgepfändeten Sachen verkaufen zu lassen, wären aber durch das Suppliciren der Schuldner immer daran gehindert worden. Erwäge man nun ferner, daß Appellant so wenig beym Amte als beym Ortsschultheisen von der geschehen seyn sollenden Kistenausleerung Anzeige gemacht, und daß die von ihm angeführte Stelle aus der Darmstädtischen Proceßordnung auf den Ort Gonzenheim nicht passe, sondern eine conträre Observanz dort Statt finde, so werde hierdurch das appellantische Schreibewerk seine abhelfliche Maaße erhalten haben.

§. 5.

In der Exceptionsschrift bringen die Appellaten vor, daß die auf amtlichen Befehl ausgepfändeten Sachen wegen Mangel eines Rathhauses in die Wohnung des Appellanten, als eine Wirthsbehausung, hätten gebracht werden müssen. Er sey also solche zu verwahren schuldig gewesen, und müsse wegen dieser Unterlassung den Appellaten allen Schaden ersetzen. Denn er sey schuldig gewesen, die Kiste, sobald solche in seine Behausung durch die obrigkeitlich bestellten Executoren gebracht worden, seiner angeblichen Protestation ungeachtet, an einen verwahrlichen Ort in seinem Hause um so mehr zu bringen, weil solche nicht verschlossen und versiegelt war. Auf ihn, den Mitappellaten Kallmann, könne kein Verdacht eines Dolus fallen, weil er sich auf jeden Fall an den Mitappellaten, als Bürgen, halten könne. Er habe auch mehrmalen um die Versteigerung mündlich nachgesucht. Die Beschuldigung einer Nachläßigkeit habe daher keine Statt. Auch sey die Darmstädtische Prozeßordnung dort nicht in Observanz. Aus dem Benehmen des Appellanten ergebe sich hingegen, daß er ex culpa lata oder vielmehr dolo auf die Sachen nicht Achtung gegeben habe.

§. 6.

Es wurde nun hierauf von der Regierung am 18. Jun. 1803. folgendes Urtheil publicirt:

„Daß

„Daß in erster Instanz wohl gesprochen, übel appellirt, und daher sententia a qua pure zu confirmiren, Appellant auch in alle Kosten dieser Instanz zu condemniren, jedoch demselben der binnen vier Wochen a dato anzutretende Beweis, wieviel die ausgepfändeten Sachen werth gewesen, vorzubehalten sey, worauf sodann weiter erfolgen soll, was Recht ist."

§. 7.

Appellant wandte gegen dieses Erkenntniß das remedium transmissionis Actorum in vim revisionis ein. Es wurde jedoch demselben ob defectum summae revisionis nicht deferirt. Appellant ergriff nunmehr das remedium restitutionis in integrum verbunden mit der querela nullitatis, und hierauf wurde dem Appellanten zur Einbringung des Restitutionslibells eine Frist von 14 Tagen anberaumt.

§. 8.

Appellant übergab nun mit seinem Restitutionslibell, in welchem er die drey Fragen ausführlich erörtert:

1) ob hier ein contractus depositi vorhanden sey?

2) ob er sich, wenn er auch ja als Depositar zu behandeln wäre, eines doli oder culpae latae schuldig gemacht? und

3) ob er schuldig sey, den Appellaten das Interesse zu leisten?

zugleich einige Beweisartikel, mit der Bitte, die darin denominirten, und schon oben namentlich angegebenen Zeugen vor allen Dingen eidlich abzuhören. Er bringt ferner ein Attestat des Fürstlichen Schultheisen bey, wodurch beglaubiget wird, daß ausgepfändete Mobilien noch nie in einem Wirthshause deponirt worden wären; und die in der Hessen-Darmstädtischen Prozeßordnung enthaltene Vorschrift, wie es mit ausgepfändeten Mobilien gehalten werden solle, allerdings lex scripta an dem Orte sey.

§. 9.

In der Exceptionsschrift beziehen sich die Appellaten in der Hauptsache auf ante deducta, bemerken jedoch, daß auf den Zeugenbeweis nichts ankomme, überdem wären die Zeugen suspect, denn Wagner wäre des Appellanten Schwester Mann, und Will seiner Frauen Bruder, also beyde Schwäger.

§. 10.

Es wurden indessen die Zeugen dennoch salvis exceptionibus abgehört. Aus ihren Aussagen

Fol. 58. Actor.

ergiebt sich:

1) daß beyde Zeugen zugegen gewesen, und gesehen, wie die Kiste mit den Sachen von zwey

Sol-

Soldaten überbracht, und in des Producenten Behausung deponirt worden.

2) Daß sie beyde gehört, daß Producent die Kiste nicht habe annehmen wollen, und dagegen protestirt habe, auch sey die Kiste nicht verschlossen, und der Schultheiß nicht zugegen gewesen, als solche überbracht worden. Die Soldaten hätten aber gesagt, daß dieselbe nur einige Tage da stehen bleiben solle.

§. 11.

In dem Verfahren über diesen Beweis excipiren Appellaten:

1) Die Zeugen wären des Appellantens nahe Schwäger, und also suspect.

2) Der Beweis sey überhaupt irrelevant. Denn dem Producenten wäre durch die Einstellung jener Effecten in seine Wirthsbehausung von den obrigkeitlich bestellten Executoren die Verbindlichkeit auferlegt worden, nolens volens die gedachten Unterpfänder sorgfältig und so lang in Obacht zu nehmen, bis er von Obrigkeitswegen wieder davon befreyet werden würde. Durch seinen dolus oder culpa lata wäre die Kiste ausgeplündert worden, er müsse also auch den Schaden ersetzen. Ob Producent gegen die Einstellung protestirt habe oder nicht, darauf komme nichts an.

§. 12.

Appellant bat übrigens um Versendung der Acten. Die hiesige Facultät, an welche die Acten geschickt wurden, fand sich nun bewogen, die vorigen Erkenntnisse aufzuheben, und den Beklagten, jedoch mit Vergleichung der Unkosten, von der wider ihn angestellten Klage loßzusprechen. Die Transmissionskosten mußte er jedoch, als bittender Theil, allein übernehmen.

§. 13.

Es könnte nun zwar das Ansehen gewinnen, als ob das vorige Urtheil vom 18 Jun. 1803. zu bestätigen gewesen. Denn erwägt man die Umstände, welche sich aus den Acten unläugbar ergeben, nämlich daß der Beklagte gewußt, daß die bey ihm auf richterlichen Befehl eingestellte Kiste mit den ausgepfändeten Sachen nicht verschlossen gewesen, daß eben deswegen derselbe, wie er in seinem Duplikſatz selbst einräumt, von dem Mitkläger Kallmann Rothschild auf eine besondere Verwahrung derselben war aufmerksam gemacht worden, daß ferner diese besondere Aufsicht in dem gegenwärtigen Falle vorzüglich darum nöthig gewesen, weil die Hauskielischen Eheleute, denen die Sachen ausgepfändet worden, bey ihm im Hause wohnten, und daß alles dessen ungeachtet der Beklagte doch so wenig Vorsicht getroffen, daß seiner eigenen Angabe nach die Kiste von der Hauskielischen Ehefrau ist ausgeräumt worden; so läßt sich ein solches Benehmen

men gegen den Vorwurf eines an den dolum angränzenden hohen Grades von Nachlässigkeit kaum rechtfertigen.

Ja es scheint sogar der Verdacht eines doli selbst daraus hervorzugehen, daß der Beklagte, nachdem die Ausleerung der Kiste geschehen, nicht einmal hiervon beym Amte die Anzeige gemacht hat, welches doch vielleicht noch die Folge hätte haben können, daß die Sachen von den Hauskielischen Eheleuten durch wiederholte Auspfändung wieder zu erhalten gewesen.

§. 14.

Nun hat zwar Beklagter zu seiner Rechtfertigung vorgeschützt, daß die Deposition wider seinen Willen geschehen sey, indem er ausdrücklich dagegen protestirt habe. Er hat auch die geschehene Protestation durch Zeugen zu erweisen gesucht. Er hat sich ferner auf die Hessen-Darmstädtische Processordnung berufen, in welcher

P. 1. Tit. 8. §. 4.

ausdrücklich verordnet sey, daß bey gerichtlichen Auspfändungen nur das Vieh in ein Wirthshaus, andere Mobilien aber in ein Amt- oder Rathhaus gebracht werden sollen; und daß nach dieser Vorschrift die Kisten zu ihm an einen unrechten Ort gebracht worden. Er hat noch überdies ein Attestat des Amts-Schultheisen

Fol. 49. |19.|. Actor. Reg.

beygebracht, daß Beklagter niemalen ausgepfändete Sachen in seinem Hause gehabt habe.

Es steht indessen dem Beklagten immer entgegen, daß er, seiner Protestation ungeachtet, die unverschlossen gewesene Kiste gleichwohl in seinem Hause behalten, ohne weder von dem Zustande derselben dem Amte Nachricht zu geben, noch selbst für deren bessere Verwahrung auf irgend eine Art Sorge zu tragen.

§. 15.

Sodann ergiebt sich aus dem Amtsberichte,

Fol. 17. |7.| Actor. Regim.

daß die angeführte Stelle aus der Darmstädtischen Proceßordnung auf den Ort Gonzenheim nicht passe, und daß vielmehr bey Auspfändungen nach einer dort eingeführten contrairen Observanz die Sachen wegen Mangels eines Rathhauses in ein Wirthshaus deponirt zu werden pflegen. Es konnte sich also der Beklagte durch seine vorgegebene Protestation seiner Verbindlichkeit, die bey ihm gerichtlich deponirte Kiste zu verwahren, nicht wohl entledigen, da er diese Verwahrung ex necessitate iuris zu übernehmen verpflichtet war, nicht zu gedenken, daß er den Beweis der geschehenen Protestation blos durch seine nahen Schwäger zu führen gesucht hat, deren Zeugniß als suspect ohnehin keinen vollkommenen Beweis giebt.

§. 16.

Aus diesen Gründen scheint also nach der Lage der Sache den Beklagten nichts von der wider ihn angestellten Klage befreyen zu können, als wenn er durch den ihm nachgelassenen Beweis darthun kann, daß die von der Hauskielischen Ehefrau aus der Kiste entwendete Sachen ohnehin ihr Eigenthum nicht gewesen, oder deren Werth soviel nicht betragen habe, daß die Kläger daraus hätten befriediget werden können.

§. 17.

Allein daß dennoch, aller dieser Gründe ungeachtet, die Klage gegen den Beklagten nicht Statt finde, derselbe auch mit keinem weiteren Beweis zu belästigen, vielmehr pure freyzusprechen sey, erhellet aus folgenden Gründen.

1) War die Deposition der Kiste auf eine an sich ganz widerrechtliche und nichtige Art geschehen. Denn schon nach den bekanntesten Grundsätzen des gemeinen Proceßes müssen ausgepfändete Sachen gerichtlich verzeichnet, von verpflichteten Personen taxirt, und in gerichtliche Verwahrung genommen werden.

Oelze Anleitung zur gerichtl. Praxis §. 323. S. 510.

Martins Lehrbuch des teutschen gemeinen bürgerlichen Prozeßes §. 193. oder §. 259. der zweyten verbess. Auflage.

BIENERI Syſtema proceſſus iudiciarii. Tom. II.

§. 213.

Auch nach ausdrücklicher Vorſchrift der dort recipirten Heſſen-Darmſtädtiſchen Proceß-Ordnung

P. I. Tit. 8. §. 4.

ſollen die ausgepfändeten Stücke an verwahrliche Orte, nämlich das Vieh in ein Wirthshaus, andere Mobilien aber in ein Amt- oder Rathhaus gebracht, und letztere nach 14 Tagen ohne längere Nachſicht an den Meiſtbietenden öffentlich verkauft werden.

Es war alſo eine unverzeihliche Fahrläßigkeit von Seiten des Gerichts, die Kiſte mit den ausgepfändeten Sachen unverſchloſſen und unverſiegelt, ohne alle Aufzeichnung der darin befindlichen Sachen, und Abſchätzung derſelben in des Beklagten Wirthshaus, in welchem noch dazu die ausgepfändeten Schuldner ſelbſt wohnten, verwahrlich einzuſtellen.

§. 18.

Es kann dem Amte zu gar keiner Entſchuldigung gereichen, daß zu Gonzenheim eine contraire Obſervanz eingeführt ſey. Denn ein ſolches Verfahren ſtreitet gegen alle Regeln einer guten Ordnung im Gericht, und kann um ſo weniger eine gültige Obſervanz begründen, je weniger ſich bey ſolchen illegalen Handlungen eines Richters, die auf einen für die Juſtizpflege höchſt nachtheiligen Mißbrauch hinauslaufen,

die

die stillschweigende Einwilligung des Landesherrn annehmen läßt.

Danz Handbuch des heutigen teutschen Privatrechts 1. Band §. 56. S. 195. lit. B.

Die Folge einer solchen vom Amte zu Schulden gebrachten Pflichtverabsäumung kann also nur dem Amte, aber keinesweges dem Beklagten zur Last gelegt werden; folglich zwar eine Regreßklage gegen das Amt, aber keine Entschädigungsklage wider den Beklagten begründen, da jede Uebereilung, auch selbst die geringste Unvorsichtigkeit den Richter quasi ex delicto verantwortlich macht, und eine actio in factum wider denselben begründet.

L. 6. D. de extraord. cognit.

PUFENDORF Tr. de Culpa P. VII. Cap. 2. §. 6.

Webers systemat. Entwickelung der Lehre von der natürlichen Verbindlichkeit §. 12. Not. 4. S. 36. der neuesten Aufl. von 1805.

§. 19.

Hiernächst war 2) der Beklagte gar nicht schuldig, die bey ihm gegen seinen Willen eingestellte Kiste zur Verwahrung zu übernehmen. Kein Gesetz legte ihm diese Verbindlichkeit auf. Er hat sich auch zu keiner Verwahrung verpflichtet, vielmehr sogleich bey geschehener Deposition dagegen ausdrücklich protestirt. Ist nun gleich dieser Umstand blos durch die beyden Schwäger des Beklagten bewiesen worden, so ist doch

die-

dieser Beweis um deshalb nicht zu verwerfen, weil eines Theils die Aussage jener Zeugen eidlich bestärkt ist, andern Theils aber diesem Umstande nirgends von den Gegnern widersprochen, sondern nur dagegen eingewendet worden ist, daß bey einer nothwendigen Deposition der eingelegte Widerspruch des Beklagten keine Rücksicht verdiene, indem er nolens volens zur Verwahrung der Kiste verbunden gewesen. Ist nun also die Deposition an sich illegal, und auch wider den Willen des Beklagten geschehen, so kann daraus eine Verbindlichkeit zum Schadensersatz um so weniger entstehen, als zur Begründung derselben die freye entweder ausdrückliche oder stillschweigende Einwilligung der Contrahenten erfordert wird.

LAUTERBACH Colleg. th. pract. Pand. Lib. XVI. Tit. 3. §. 7.

§. 20.

Ueberdem ist 3) überhaupt der Depositar bekannten Rechten nach nur wegen eines doli oder einer culpae latae, die dem dolo gleichgeachtet wird, verantwortlich;

§. 3. I. Quib. mod. re contrah. oblig.

L. 5. §. 2. D. Commod.

L. 1. §. 7. D. Depositi.

L. 23. D. de Reg. iuris.

und zwar wird dieser dolus oder culpa lata bey dem Deposito darnach bestimmt, wenn der Depositar

mit

mit der hinterlegten Sache nachläßiger, als mit seiner eigenen, umgeht, weil man vernünftiger Weise annehmen muß, der Deponent habe sich darauf verlassen, daß der Depositar seine gewöhnliche Sorgfalt auf die hinterlegte Sache verwenden werde.

Ev. OTTO in Commentar. ad §. 3. I. Quib. modis re contrah. obligat.

HUBER Praelect. ad Institut. Lib. III. Tit. 15. §. 14.

PROUSTEAU Recitat. ad L. 23. D. de Reg. iur. Cap. VI. §. 1. (in *Thesaur. Meermann.* Tom. III.)

Daher sagt.

L. 32. D. depositi.

Quod NERVA diceret, *latiorem culpam dolum esse*, PROCULO displicebat, mihi verissimum videtur. Nam et si quis non ad eum modum, quem hominum natura desiderat, diligens est, (d. i. wenn Jemand ein sehr nachläßiger Mensch ist) nisi tamen *ad suum modum* curam in deposito praestat, (und er nicht einmal soviel Aufmerksamkeit auf die deponirte Sache wendet, als auf seine eigene, so ist er wegen eines doli verantwortlich) fraude non caret. *Nec enim salva fide minorem iis*, (den deponirten Sachen) *quam suis rebus, diligentiam praestabit.*

S. Höpfners Commentar über die Heineccischen Institutionen §. 784. Not. 1.

§. 21.

Hieraus folgt, daß wenn die deponirte Sache durch die Nachläßigkeit des Depositars verloren geht, gegen denselben keine Klage Statt habe, wenn er wenigstens diejenige Sorgfalt auf die hinterlegte Sache verwendet hatte, die er seinen eigenen Sachen zu widmen gewohnt ist, wie es in der

L. 1. §. 5. D. de Obligat. et action.

ausdrücklich heißt: Is quoque, apud quem rem aliquam deponimus, re nobis tenetur. Sed is etiam, *si negligenter rem custoditam amiserit*, securus est: quia enim non sua gratia accipit, sed eius, a quo accipit; in eo solo tenetur, *si quid dolo perierit.* Negligentiae vero nomine ideo non tenetur, *quia qui negligenti amico rem custodiendam committit*, de se queri debet. *Magnam* autem *negligentiam* placuit *in doli crimen* cadere.

§. 22.

Nach Maasgebung dieser klaren Gesetzstellen käme also alles darauf an, ob Beklagter mit der bey ihm eingestellten Kiste nachläßiger, als mit seinen eigenen Sachen, umgegangen sey. Dieser Beweis ist nun von den Klägern, denen er obgelegen hätte, nirgends beygebracht worden, und kann aus den in den Zweifelsgründen angeführten Umständen um so weniger hergeleitet werden, da im Zweifel nie ein dolus vermuthet wird, sondern jederzeit ex indiciis perspicuis erwiesen werden muß.

L. 6.

L. 6. Cod. de dolo malo

L. 18. §. 1. D. de probat.

de COCCEJI ius civ. controv. Lib. XVI. Tit. 3.

Quaeſt. 5.

EMMINGHAUS ad Eund. not. h. Tom. II. p. 320.

Nun ergiebt ſich zwar aus allen in facto angegebenen Umſtänden ſoviel, daß der Beklagte ſich allenfalls einer Nachläßigkeit ſchuldig gemacht hätte, wofern er als Depoſitar zu behandeln wäre; keinesweges aber iſt daraus erweislich, daß er auf die deponirten Sachen diejenige Sorgfalt nicht verwendet habe, welche er ſeinen eigenen Sachen zu widmen pflegt, und daß er ſich mithin eines doli oder culpae latae ſchuldig gemacht habe, für welche er doch nur allein verantwortlich ſeyn würde. Si enim *ſine dolo malo* rem tibi depoſitam amiſeris, *nec depoſiti teneris*; ſagt

L. 20. D. depoſiti.

§. 23.

Zu dem allen tritt endlich

4) noch der Grund, daß die Klage, als viel zu generell und unbeſtimmt angebracht, ſogleich hätte verworfen werden ſollen. Jede Klage, welche nicht als inept verworfen werden ſoll, muß

a) eine genaue und beſtimmte Angabe aller die Forderung des Klägers begründenden Thatumſtände (fundamentum agendi) enthalten, welche hiſtoriſch dar-

geſtellt,

gestellt, die Geschichtserzählung ausmachen. An dieser fehlte es der Klage, so wie sie in den Acten war angebracht worden, gänzlich. Es erhellet daraus so wenig, wie viel die Forderung des Mitklägers Kallmann Rothschild an die Hauskielische Eheleute betragen, noch wie die Kiste mit den ausgepfändeten Sachen in das Haus des Beklagten gekommen, ob und aus welchem Grunde er die Verwahrung derselben übernommen, oder dazu verbunden gewesen. Noch weniger ist daraus zu ersehen, was für Sachen in der Kiste befindlich gewesen, und welche daraus entwendet worden sind, und wieviel der Werth der letztern beträgt. Gleichwohl verlangen Kläger, daß der Beklagte sie entschädigen solle. Diese Entschädigung könnte aber doch nur darin bestehen, daß Beklagter den Werth der Sachen ersetze, die durch seine culpa lata oder durch seinen dolus aus der Kiste entwendet worden sind. Kläger hätten also vor allen Dingen erst näher angeben und erweisen sollen, welche Sachen in der Kiste befindlich gewesen, und dies um so mehr, da die Sachen dem Beklagten nicht vorgezeigt worden sind.

MEVIUS P. IX. Decis. 54.

§. 24.

b) Das Gesuch einer Klage muß concludent, und der Verbindlichkeit des Beklagten durchaus gemäß eingerichtet seyn. Auch an diesem Erfordernisse fehlte es der angebrachten Klage gänzlich. Die Kläger richteten

näm-

nämlich ihr Gesuch auf volle Entschädigung derselben, ohne jedoch in der Klage angegeben noch erwiesen zu haben, daß in der spoliirten Kiste wirklich soviel Sachen enthalten gewesen, als die vollkommene Befriedigung der Kläger erfordert hätte. Wie konnte nun also Beklagter, so lange der innere Gehalt und Werth der eingestellten Kiste von den Klägern weder angegeben noch erwiesen war, den Rechten nach für schuldig erklärt werden, die Kläger wegen dessen, was der Wilhelm Hauskiel nach dem Verkauf seines ebenfalls ausgepfändeten Strumpfwirkerstuhls und der in der Kiste noch befindlich gewesenen Sachen an den Kallmann schuldig bleiben wird, vollkommen zu entschädigen?

§. 25.

Da übrigens, soviel die Kosten dieses Rechtsstreits anbetrift, die Kläger zwey günstige Erkenntnisse für sich haben, in deren Rücksicht sie wenigstens ihrer Seits gegen den Vorwurf einer ungerechten Proceßführung gedeckt sind, so haben die Kosten des Proceßes gegen einander aufgehoben werden müssen, dahingegen die gegenwärtigen Actenversendungskosten Beklagter, als bittender Theil, billig allein zu tragen schuldig war.

XLVIII.

Rechtliches Gutachten über die Ansprüche des Herrn Grafens Reuß zu Köstritz bey der Succeßion in die Herrschaft Gera.

§. 1.

Das Geschlecht der Herren Fürsten und Grafen Reuß theilt sich gegenwärtig in die ältere und jüngere Linie. Die ältere besteht aus den Herrschaften Obergraitz nebst Dohlau und Untergraitz nebst Burgk, die jüngere aus den Herrschaften Gera, Schleitz und Lobenstein, nebst Saalburg, welche letztere sich wieder in zwey regierende Häuser, Lobenstein und Ebersdorf, getheilt hat. Der Hauptvertrag vom Jahr 1668. §. 46. stellt die fünf Herrschaften, als eben so viele Theile des ganzen Landes und jeden fünften Theil als ein Unzertrennliches des Ganzen dar. Er bestimmt zugleich die Erbfolge und macht zwey Hauptäste, einen aus der ältern und den andern aus der jüngern Linie, zwischen welchen die gesammten Stammgüter in fünf gleiche Theile auf die schon angegebene Art getheilt worden.

§. 2.

In Ansehung der Erbfolge wurde festgesetzt, daß wenn in der einen Stammlinie keine männliche Lehens-

erben vorhanden seyn würden, der abgegangene Antheil an allen und jeden Herrschaften, Gütern und Lehen, sammt allen Regalien, Rechten, Privilegien ꝛc. nichts ausgenommen, außer was Erbe und nicht in der Vereinigung als Lehen erklärt und verglichen ist, mit allen Patrimonial und Lehen oneribus, auf die andere überlebende Linie, nach Art und Weise, wie es bey dem Reußischen Stamme Herkommens ist, fallen soll, nämlich auf alle diejenigen, welche sich in solcher Linie Lehensfähig befinden, mit einander zugleich, nach den Stämmen und nicht nach den Häuptern ohne Rücksicht, ob sie im Grade näher, oder entfernter sind.

§. 3.

Die Succeßion in den Unterlinien wurde so bestimmt, daß auf den Abgang einer derselben, deren Herrschaften und Güter, auf die andere (es sey eine oder mehrere vorhanden) und zwar auf alle diejenigen, so sich in derselben Unterlinie befinden, mit einander zugleich in stirpes und nicht in capita fallen sollen. In einem dem Hauptvertrage hinzugefügten Nebenreceß wurde festgesetzt, daß die fünf Haupttheile nicht wieder subdividirt, sondern jedesmal auf den ältesten Sohn, sammt der Regierung verfällt, und den Nachgebohrnen eine gewisse Apanage ausgesetzt werden soll.

§. 4.

Wegen der Abfindung der nachgebohrnen Herren verordnete Heinrich I. jüngerer Reuß, Besitzer der

Herrschaft Schleitz, in seiner am 1. Dec. 1679. errichteten väterlichen Disposition, nebst Wiederholung der eingeführten Primogenitur (§. 1. 2. 7.) daß die Einkünfte der Herrschaft, nach Abzug der Zinnsen von den darauf haftenden Schulden in drey Theile zerschlagen werden sollen, wovon der eine dem ältesten, nebst allen Mobilien und Fahrniß, wegen der ihm obliegenden Regierungslast zum Voraus verbleiben und der Erstgebohrne davon das Schloß und andere Gebäude in baulichen Stand erhalten, auch alle Beamte besolden soll. (§. 3. 4.) Die andern zwey Drittheile der Intraden soll der Erstgebohrne mit seinen andern Brüdern theilen, und daran seinen Antheil ebenfalls zu gewarten haben. (§. 5.) Wenn eines abgetheilten Bruders männliche Linie abstirbt, sollen von seinen Einkünften, die er zu seiner Portion bekommen, wie hoch solche bey seinem Tode gewesen $\frac{1}{3}$ um das Majorat zu verstärken, demjenigen, so es selbiger Zeit der Primogenitur nach haben wird, heimfallen, die übrigen $\frac{2}{3}$ aber unter die sämtlichen Vettern, worunter denn der regierende Herr, in so fern er mit den andern succedirenden Vettern in gleichem Grade der Sippzahl zu befinden, auch mit zu verstehen, in stirpes und nicht in capita getheilt werden. (§. 8.) Wenn die männlichen Descendenten Heinrichs I. über das, so ihnen aus der Herrschaft Schleitz gebühret, mit noch mehrern Lehensanfällen begabet werden, so soll der regierende Herr zwar die Substanz solcher Anfälle, wenn es in einer

Herrschaft, oder Stück Landes besteht, allein haben, auch von den Einkünften vorerst den dritten Theil zu seinem Voraus empfangen, die übrigen $\frac{2}{3}$ aber nach Anzahl der Stämme getheilt werden. (§. 14.)

§. 5.

Diese Disposition wurde in einem von dem Grafen Heinrich I. am 25. May 1687. errichtetem Testament unter andern dahin modificirt, daß nach dem Ableben des Herrn Testators, dessen ältester Sohn Heinrich XI. die ganze Herrschaft Schleitz mit allen Intraden derselben erhalten, der jüngere Sohn Heinrich XXIV. hingegen, statt des in der vorigen Disposition geordneten Antheils der nach Abzug des praecipui verbleibenden $\frac{2}{3}$ der Einkünfte, alle andere über die Herrschaft Schleitz dem Testator zustehende Lehen und Rittergüter allein bekommen soll. Bey den dem jüngern Sohne zugetheilten Lehengütern soll unter seinen männlichen Descendenten das Recht der Erstgeburt gleichermaßen und mit eben den Bedingungen, wie bey der Herrschaft Schleitz beobachtet und eingeführt werden.

§. 6.

Hiernächst haben die gesammten Herrschaften älterer und jüngerer Linie in dem Geschlechtsreceß vom J. 1681. jedem Herrn, der die Primogenitur einführt,

freygelassen, den nachgebohrnen Herren, nach Beschaffenheit des Lehens zulässigen Unterhalt zu verschaffen und entweder auf baar Geld, oder gewisse Einkünfte anzuweisen. Ferner wurde in dem Geschlechtsreceß vom Jahr 1690. wegen des Primogeniturrechts und der Abfindung der nachgebohrnen Herren die Bestimmung gemacht, daß der älteste und regierende Herr bey den Successionsfällen von den gesammten Intraden eines fünften Hauptttheils $\frac{1}{5}$ der Einkünfte zum praecipuo haben, die übrigen $\frac{2}{3}$ aber unter ihm und seinen andern Brüdern und Vettern, als womit diese ihre Abfindung bekommen, gleich getheilet werden sollen, welche Abfindungsart auch auf andere künftige Lehens- Successions- und dergleichen Fälle extendirt worden.

§. 7.

Zur Sicherheit der Deputate soll den nachgebohrnen Herren, an jedem Hauptlandestheil und dessen Pertinenzen die Generalhypothek, cum clausula constituti possessorii et pacto executivo cum iure electionis zustehen. Die zur Ausmachung des dritten Theils als des praecipui und Eintheilung der übrigen $\frac{2}{3}$ des Deputats bestimmte Personen sollen untersuchen, welcher Gestalt an gewissen Orten und Intraden, oder auch in Ritter- und Allodialgütern, die in landüblichen Tax gebracht worden, als woran zuvörderst die Anweisung zu thun, das Unterhaltungsdeputat der

Brüder und Vettern zu aßigniren und zuzueignen seyn möchte.

§. 8.

Der Herr Graf Heinrich I. unterschrieb zwar den Geschlechtsreceß vom J. 1690. jedoch mit der ausdrücklichen Erklärung, dadurch von den in seinem Hause der Primogenitur halber bereits getroffenen Dispositionen nicht im mindesten abgegangen zu seyn. Nach dessen am 18. März 1692. erfolgten Ableben haben seine beyden Herren Söhne, in Gemäßheit der väterlichen Disposition, die Theilung und Abfindung vorgenommen und es entstanden in dem Hause Schleitz zwey Linien, nämlich die regierende und die Kostritzer Nebenlinie.

§. 9.

Mit dem im April 1802. erfolgten Tode des ohne Descendenz verstorbenen Herrn Grafen Heinrichs XXX. jüngerer Linie Reuß, regierenden Herrns zu Gera, ist die Geraische Linie gänzlich ausgestorben. Derselbe besaß nebst der Herrschaft Gera und Saalburg, eine beträchtliche Anzahl Ritter- und Allodialgüter. Es war keinem Zweifel unterworfen, daß nach den Hausgesetzen die Herrschaft Gera nebst Zubehörungen, an die beyden Häuser Schleitz und Lobenstein, und zwar auf jedes zur Hälfte fällt. Eben so war es unbestritten, daß die Substanz der halben Herrschaft Gera,

nebst der Landesregierung, Hoheitsrechten u. dgl. der regierenden Linie zu Schleitz verbleibt, die Einkünfte des Anfalls aber dermassen zu vertheilen seyn, daß der regierende Herr davon den dritten Theil zum Voraus erhält, die übrigen zwey Drittheile aber mit seinen nachgebohrnen Herren Vettern aus der Köstritzer Linie nach den Stämmen zu vertheilen hat. Es entstanden aber gleichwohl folgende Fragen.

§. 10.

Erstlich: Ob die Köstritzer Linie mit Bestand Rechtens verlangen könne, daß ihr zu dem ihr von der Herrschaft Gera anfallenden Deputat hauptsächlich Ritter- und Allodialgüter angewiesen werde, und die Schleitzer regierende Linie hierzu nach strengem Rechte verbunden sey? Die schon angeführte Disposition Heinrichs I. vom Jahr 1679. als des gemeinschaftlichen Stammvaters der Schleitzer sowohl regierenden, als der Köstritzer Nebenlinie scheint die Forderung der letztern nicht zu begünstigen. Denn sie verordnet blos, daß die Intraden der Herrschaft, nach Abzug der Zinnsen von den Schulden, in drey Theile zerschlagen werden sollen, wovon der älteste, als der regierende Herr, einen Theil zum Voraus haben und die andern zwey Theile mit seinen andern Brüdern theilen soll. Das nämliche soll auch in dem Falle statt finden, wenn seine

männlichen Descendenten künftig mit noch mehrern Lehnsanfällen begabt würden, daß nämlich der regierende Herr zwar die Substanz solches Anfalls allein haben und besitzen, aber die Einkünfte, nach Abzug seines dritten Theils, als des praecipui, mit den Nachgebohrnen, nach Anzahl der Stämme theilen soll. Der Beysatz, wenn der Anfall in einer Herrschaft, oder Stück Landes besteht, scheint auf Ritter- und Allodialgüter gleichfalls anwendbar zu seyn, daß die nachgebohrnen Herren nur von deren Einkünften ihr festgesetztes Deputat bekommen sollen. Auch der Familienreceß vom Jahr 1690. verordnet nicht nur für die damaligen Zeiten, sondern auch auf die künftigen Lehens-Succeßionsfälle, daß der älteste oder regierende Herr von den gesammten Intraden den dritten Theil zum Voraus bekommen, die übrigen $\frac{2}{3}$ der Einkünfte aber mit seinen Brüdern und Vettern gleich theilen soll, als womit diese ihre Abfindung bekommen.

§. 11.

Dagegen dürfte nichts hindern, daß nach eben diesem Receß die Anweisung des Deputats der nachgebohrnen Herren zuvörderst in Ritter- und Allodialgütern, die in Landüblichen Tax zu bringen, geschehen soll. Denn eine ähnliche Verfügung kommt in den letzten Willensmeinungen des Grafens Heinrichs I. nicht vor, und derselbe hat ausdrücklich erklärt, daß er

durch die Unterschrift des Geschlechtsrecesses von seinen väterlichen Verordnungen von den Jahren 1679. und 1687. nicht im geringsten abgewichen haben wolle. Der Umstand, daß nach diesem Geschlechtsreceß den nachgebohrnen Herren zur Sicherheit ihres Deputats und dessen Lieferung, in jedem Hauptlandestheil und dessen Pertinenzen die Generalhypothek cum clausula constituti possessorii et pacto executivo cum iure electionis zustehen soll, beweißt gar nichts. Denn das den abgefundenen Herren gestattete ius electionis ist nur von der Wahl ihrer Sicherheitsmittel, nicht aber so zu verstehen, daß sie bey einem Anfall wählen könnten, ob sie die Abfindung in Einkünften, oder in Ritter- und Allodialgütern haben wollten.

§. 12.

Allein der Graf Heinrich I. hat in seiner Disposition vom Jahr 1679. die Verordnung, daß der regierende Herr die Substanz eines Anfalls allein haben und besitzen und die Einkünfte, nach Abzug des ihm zum Voraus geordneten dritten Theils mit seinen Brüdern und Vettern theilen soll, ausdrücklich auf den Fall eingeschränkt, wenn der Anfall in einer Herrschaft oder Stück Land besteht. Dieser Ausdruck ist auf bloße Ritter- und Allodialgüter nicht anwendbar. Unter einer Herrschaft wird gewöhnlich eine Dynastie, Baronie, nämlich ein aus mehreren Ortschaften bestehendes Territorium verstanden

den und dieses zeigt der Beysatz Stück Land noch mehr an.

Befolds thesaurus practicus art. Herrschaft.

Wehners Observat. selectae art. Herrschaft.

In den Reichsgesetzen werden Graf- und Herrschaften in eine Classe gesetzt.

Wahlcapit. Art. XI. §. 10.

Von einem regierenden Herrn, wie der Graf Heinrich I. war, der Rechts gelehrte Räthe gehabt hat, ist gegründet zu vermuthen, daß er bey einer rechtlichen Handlung die gebrauchten Worte im juristischen Sinn werde genommen haben. Seine Disposition steht also dem Gesuch der Köstritzer Linie nicht entgegen.

§. 13.

Hiernächst ist in dem Familienreceß von 1690. nicht nur nachgelassen, die nachgebohrnen Herren mit Gütern abzufinden

§. 6. verb. im Fall er ihnen nicht etwa soviel an, in landüblicher Tax gebrachten Gütern, oder Erbzinnsen eingeräumt und übergeben.

§. 22. verb. wenn zumal zum Deputat gewisse Güter angewiesen werden

sondern im §. 10. sogar bestimmt vorgeschrieben, daß die Anweisung in vorher taxirten Ritter- und Allodialgütern zuvörderst zu thun seyn soll. Die Gräflich Köstritzer Linie kann folglich die Abfindung mit Ritter-

und

und Allodialgütern um so mehr mit Recht verlangen, als nach der überschickten Geschichtserzählung es bey dem Anfall der Herrschaft Gera keineswegs an schicklicher Gelegenheit fehlt, den nachgebohrnen Herren aus dieser Linie zu ihrem Deputat Ritter- und Allodialgüter anzuweisen. Heinrich I. hat diesen Familienreceß mit unterschrieben, und seine oben angeführte Erklärung bey der Unterschrift will nur soviel sagen, daß der Familienreceß seine vorher gemachten Dispositionen nicht derogiren soll. In solchen ist aber nicht verboten, daß die nachgebohrnen Herren mit Ritter- und Allodialgütern abgefunden werden sollen. Daß vielmehr eine solche Art der Abfindung dem Willen desselben vollkommen gemäß sey, erhellet auf das deutlichste daraus, weil er selbst in seinem Testament vom J. 1687. verordnet hat, daß sein nachgebohrner Sohn Heinrich XXIV. von welchem die Köstritzer Linie abstammt, mit Ausnahm der Geschlechts Herrschaft Schleitz, alle ihm zustehende Lehen- und Rittergüter allein bekommen soll. Es ist demnach schon ein Beyspiel vorhanden, da einem nachgebohrnen Herrn, zu seinem Deputat, Rittergüter angewiesen worden sind, welche Art der Abfindung der damahlige Erstgebohrne und regierende Herr sich hat gefallen lassen. Zur Begründung einer Observanz ist ein unicum factum hinlänglich.

Glücks Erläuterung der Pandecten I. Th. §. 84. S. 448.

von

von Spangenbergs Comment. de obſervantia imperii §. 9.

§. 14.

Aus dieſen Gründen ergiebt ſich die Befugniß der Köſtritzer Linie zu verlangen, daß ihr zu ihrem von der Herrſchaft Gera anfallenden Deputat hauptſächlich Ritter- und Allodialgüter angewieſen werden. Wenn nun gleich die nachgebohrnen Herren dieſer Nebenlinie, wie aus einem Nachtrag zu der Geſchichtserzählung zu erſehen war, dieſe Art der Abfindung nicht wollen, ſo muß ihnen dieſes zwar frey gelaſſen werden; es bleibt aber doch dem erſtgebohrnen Herrn aus dieſer Linie unbenommen, ſoviel ſeinen Antheil betrift, die Abfindung mit Ritter- und Allodialgütern zu fordern.

§. 15.

Zweytens wurde die Frage aufgeworfen: Ob der Erſtgebohrne in der Köſtritzer Linie, dermalen Herr Graf Heinrich XLIII. von demjenigen Anfall, welcher von der Herrſchaft Gera auf die Köſtritzer Linie kommt, es mag nun derſelbe in Gütern, oder in baaren Gelbeinkünften beſtehen, ein Drittheil zum Voraus verlangen kann, ſo daß nur die übrigen zwey Drittheile davon zwiſchen ihm, ſeinem Herrn

Bru-

Bruder und Vetter nach dem Stämmen zu vertheilen bleiben? Dieses Begehren schien der Billigkeit und den Rechten entgegen zu seyn. Denn da schon der regierende Herr zu Schleitz sein praecipuum abzieht, so möchte den nachgebohrnen Herren der Köstritzer Linie nicht zuzumuthen seyn, sich zwey praecipua gefallen zu lassen. Die Agnaten waren erböthig, ihm dieses praecipuum in allen den Fällen einzuräumen, wo nur dem Hause Köstritz allein und also mit Ausschluß von Schleitz ein Anfall an Gütern zuwächst. Dahin gehörte der Prommnitzische Lehensanfall von Drohna und Betschau, worüber im Jahr 1785. ein Vergleich errichtet worden. Hierzu kam die Betrachtung, daß der Grund, warum der erstgebohrne regierende Herr in der Schleitzer Linie den Voraus bekommt, darin liegt, damit er die einem regierenden Herrn obliegende Lasten desto leichter bestreiten kann, welcher Grund bey dem Erstgebohrnen in der Nebenlinie hinwegfällt.

§. 16.

Indessen hat der oftgedachte gemeinschaftliche Stammvater der Schleitzer regierenden und Kostritzer Nebenlinie Heinrich I. die in der regierenden Linie eingeführte Primogenitur, auch auf die Nebenlinie, die Landeshoheit ausgenommen, erstreckt. Bey einer solchen Extension gilt in der Regel eben das, was bey Einführung des Rechtes der Erstgeburt überhaupt festgesetzt worden.

Mosers Familien-Staatsrecht I. Th. 2. Cap. §. 115.

und wenn einmal in einer Nebenlinie eine Primogenitur eingeführt ist, so ist es der Natur der Sache und Observanz der Familien des hohen Adels gemäß, daß der Erstgebohrne vor den übrigen etwas voraus habe. Illud etiam notandum, teste illustrium familiarum usu, quod apanagiatis filiis omnibus aequalis apanagii quantitas constitui non soleat, *et pinguior sit conditio ut plurimum eius, qui aetate est maior.*

von Ludolfs tract. de introductione iuris primogeniturae p. spec. §. 12. num. 12.

Hierüber hat Heinrich I. in seinem Testament vom J. 1687. ausdrücklich verordnet, daß bey den seinem jüngern Sohn zugetheilten Lehengütern unter seinen männlichen Descendenten das Erstgeburtsrecht gleichermaßen und mit eben den conditionibus, wie Kraft seiner Disposition bey der Herrschaft Schleitz, observirt und eingeführt werden soll. Soll nun die Primogenitur in der Nebenlinie mit eben den Bedingungen, wie in der regierenden eingeführt seyn, so kann auch der Erstgebohrne in der Nebenlinie bey einem auf diese kommenden Anfall, das einmal festgesetzte praecipuum, eben so, wie der regierende Herr fordern. Die Disposition eines capitis familiae gehört unter die Fundamentalgesetze des Hauses,

und

und seine Descendenten sind sie zu befolgen schuldig, zumal wenn sie solche anerkannt haben.

Klübers Einleitung zu einem neuen Lehrbegriff des teutschen Staatsrechts §. 49.

Pütters primae lineae iuris privati principum Germaniae §. 15.

von Selchows Elem. iur. publ. Tom. II. sive ius privatum principum §. 479.

Nicht nur die Söhne Heinrichs I. haben ihres Vaters Testament agnoscirt und mittelst ihrer Unterschrift an Eides statt, solchem in allen nachzuleben gelobet, sondern auch die gegenwärtigen Herren Agnaten in der Kostritzer Linie haben in dem Vergleich von 1785. §. 1. 2. 4. 7. die Disposition Heinrichs I. von 1679. und 1787. als Fundamentalgesetze ihres Hauses anerkannt und sich und ihre Nachkommen zu deren Befolgung verpflichtet.

§. 17.

Eben diese nachgebohrnen Herren in der Köstritzer Linie, wie in einem Nachtrag zur Geschichtserzählung versichert worden, räumen ein, daß von einem gemeinschaftlichen, die regierende Schleitzer Linie zugleich mit betreffenden Anfall das praecipuum des Köstritzer Erstgebohrnen alsdann eintrete, wenn Köstritz zu seinem Antheil Güter bekommt. Nun ist aber kein befriedigender Grund einzusehen, warum das praecipuum

nur

nur bey einem Anfall an Gütern, nicht aber bey einem Anfall an Geldeinkünften statt finden soll. So wie das praecipuum in der regierenden Linie, in Ansehung aller künftigen Anfälle, sie bestehen, worin sie wollen, eingeführt ist, so ist auch eben dieser Voraus in der Nebenlinie, gleichfalls von allen künftigen Anfällen, sie bestehen, worin sie wollen, mithin ohne Unterschied, ob der Anfall in Gütern, oder Geldeinkünften besteht, zu verstehen, weil nun einmal festgesetzt ist, daß das Primogeniturrecht in der Köstritzer Linie mit eben den Conditionen, wie bey der Herrschaft Schleitz eingeführt seyn soll. Es ist also der gegenwärtige Herr Primogenitus in der Köstritzer Linie von dem Anfall, welcher von der Herrschaft Gera auf die Köstritzer Linie kommt, es mag nun derselbe in Gütern, oder in baaren Geldeinkünften bestehen, einen dritten Theil zum Voraus zu verlangen befugt, und nur die übrigen zwey Drittheile, mit seinem Herrn Bruder und Vettern, nach den Stämmen zu vertheilen gehalten.

XLIIX.

Ein Fall aus dem peinlichen Rechte, eine von der Ehefrau und dem Schwiegervater dem Ehemann und Schwiegersohn zugefügte tödliche Verwundung betreffend.

---

§. 1.

Conrad Schißer von Selfeld war mit der Tochter des Johann Georg Schadens, Namens Anna Philippina verehelichet. Sie lebten beynahe 14 Jahre in einer Kinderlosen, Anfangs vergnügten Ehe. Hernach hat er sich, nach der übereinstimmenden Erzählung seiner Frau und Schwiegereltern, gelegenheitlich der Kriegsfuhren, an das Trinken gewöhnt, worüber Zwistigkeiten entstanden und Beyspiele angeführet werden, daß er schon ehehin an seiner Frau und Schwiegereltern Thätlichketten verübt habe. Insonderheit entstand am 19ten Sept. 1800. ein Wortwechsel, weil Conrad Schißer angeblich die Pferde zur Unzeit beschlagen lassen, den ganzen Tag damit zugebracht und zuviel getrunken hat. Er hat zwar am 20sten Morgens den Verweis seiner Frau gelassen angehört; kam

aber Abends wieder betrunken nach Hause und fieng darüber, weil der alte Schad inzwischen die Pferde gefüttert gehabt, und über die ihm für den folgenden Tag zurecht gelegten Kleider einen Lerm an. Am 21sten kam er gegen Mittag betrunken nach Haus, gieng, nachdem er sich in dem Keller Butter und Brod geholt, in den Garten und verweigerte, unter unanständigen Ausdrücken, sich bey dem Mittagessen einzufinden. Als indessen seine Frau zu ihrem Vater auf die Bühne gegangen, kam er in die Stube, wo die Schwiegermutter, Namens Elisabeth, mit ihrem Sohn und der Magd über dem Essen gewesen, raisonnirte über seine Frau, band hernach mit der alten Schadin an und stieß sie auf die Schultern, welches die Magd seiner Frau anzeigt.

§. 2.

Die Schißerin, welche sich ihrer Mutter annahm, kam darüber in der Stube mit ihrem Mann in Wortwechsel, begab sich hernach in die Küche, woselbst er sie mit einem Kochtopf werfen wollen, und als sie gesagt, wirf nur zu, bey dir stirbt man alle Tage, so ergriff er sie in dem Hausplatz (Hausehre) da sie durch die Hausthüre, die sie nicht sogleich aufmachen konnte, nicht entspringen können, an der Haube, zerriß ihr Halstuch, warf sie gegen die Thüre, trat mit

dem einen Fuß auf ihre Füße und zog sie dergestalt an der Haube, daß sie blau zu werden angefangen, und er würde sie vielleicht erdroßelt haben, wenn nicht die ganz neuen wollenen Bänder, womit die Haube unter dem Kien zugebunden gewesen, zerrissen wären. Als die alte Schadin hinzugekommen und Anfangs mit guten Worten abwehren, hernach den Schißer an den Arm zurück ziehen wollen, hat er auch diese an den Schopf bekommen und zu seiner Frau auf den Boden geworfen, worauf die Schißerin ihren Vater gerufen. Nach den Angaben der Dienstmagd, Verneulerin, hat die Schißerin sich, während ihr Mann an ihrer Mutter gewesen, vom Boden wieder aufgemacht, die Hacke hinter dem Schrank ergriffen und ihren Mann hinten auf beyden Seiten des Kopfs an dem Eckknochen über den Kopf geschlagen. Der Schad wäre dazu gekommen, als der zweyte Schlag von der Schißerin geschehen gewesen, und habe ihm den dritten Schlag mit einer Schippe, oder Grabscheid und zwar mit dem scharfen oder schneidigen Theil, als er dessen Frau auf der Erde gehabt, und dem Schad den Rücken gekehrt, auf den vordern Theil des Kopfs versetzt, welcher härter aufgefallen, als der Schißerin ihre.

§. 3.

Die Schißerin räumte zwar ein, daß sie mit der Hacke ihrem Maun den ersten Schlag, da er noch über ihrer auf den Boden gelegenen Mutter gewesen, rücklings auf den Kopf gegeben, behauptete aber, daß sie ihn mit dem andern, als er sie selbst eben wieder anpacken wollen und ihr das Gesicht zugekehrt, vorwärts auf den Kopf getroffen habe und will übrigens so wenig, als ihre Mutter den Vater bey der Schlägerey gesehen haben. Der Vater Schad hat, nach langen Läugnen, endlich eingestanden, daß er auf das Rufen der Seinigen, mit einem Grabscheid, welches an seinem gewöhnlichen Platz, oben im Gang gestanden, hinunter gegangen und seinen Tochtermann als dieser die Weiber gehen lassen und auf ihn losgegangen, mit der flachen Schippe auf den Kopf geschlagen, welcher Schlag aber nicht so hart gewesen, daß er ihm wehe gethan haben sollte. Bey der Confrontation mit der Magd verbleibt er dabey, daß er den Schlag nicht mit der scharfen Seite verrichtet, sondern die Schippe flach gehalten habe. Die Schadische Ehefrau läugnet nicht nur ihren Tochtermann einen Schlag gegeben zu haben, sondern sie hatte auch das Zeugniß der ihrigen und der Dienstmagd Verneulerin für sich. Der Conrad Schißer hat nach der Schlägerey noch eine Axt ergriffen, damit seinen Schwiegervater unter Schimpfen verfolgt, ihn aber doch auf sein Bitten

nichts gethan, wohl aber noch in der Stube die Schüssel mit Kraut und Suppe auf die Erde geworfen.

§. 4.

Nachdem gedachter Schißer noch am nämlichen Tage von seiner Verwundung beym Amt die Anzeige gemacht, und darauf verbunden wor-den, so kam er des Abends nach Hause, und sagte der Dienstmagd, Haus und Thür offen zu lassen, weil heute noch seine Frau und Schwiegermutter sterben müßten. Man legte deswegen eine Wache in das Haus. Ungeachtet nun die Verwundung desselben Anfangs nicht gefährlich zu seyn schien, so verschlimmerte sie sich doch in der Folge, so daß man eine Trepanation vornehmen mußte, und er ist am 30sten Sept. um $\frac{3}{4}$ auf 12 Uhr gestorben. Bey der Section fand sich 1) am Kopf auf der Stirn eine ovale, mit der Stirnnath paralell lauffende, mehr nach der linken Seite ziehende, vom Anfang des Haarwuchses bis beynahe an die Vereinigung der Kron- und Pfeilnath sich erstreckende Wunde, welches eigentlich die Hauptwunde war, 2) auf der Erhabenheit des linken Seitenbeins eine flache, die gemeine Decke nicht ganz durchdringende, in Heilung begriffene Wunde, 3) eine beynahe völlig geheilte, mit der Pfeilnath parallel laufende, vom rechten Seitenbein auf das Hinterhauptsbein sich erstreckende Wunde. Das Gutachten in dem viso et reperto gieng dahin; daß die Verletzung zwar für

per

per se lethalis zu erkennen, der wirklich erfolgte Tod aber den äußern Umständen und der unvermeidlichen Unvollkommenheit der Hülfe zuzuschreiben sey.

§. 5.

Soviel nun A) die Inquisitin, Anna Philippine Schißerin, 34 Jahr alt, betrift; so scheinet es, daß sie ihren betrunken nach Hause gekommenen Mann zum Zorn gereizt, und dadurch die nachherigen Folgen selbst veranlaßt habe, indem sie nach dem Angeben der Dienstmagd Verneulerin ad Art. 122. Int. 31. 32. gelacht, als sie ihn zum Essen geruffen, worauf derselbe geantwortet haben soll, du brauchst nicht über mich zu lachen. Hiernächst hat sie ad Art. 102. 118. zugegeben, daß sie ihren Mann, als sie mit ihm in der Küche zusammen gekommen, über sein Betragen gegen ihre Mutter, mit einem harten Ausdruck Vorwürfe gemacht. In dem viso et reperto ist enthalten, daß der vom Schlage mit der Hacke verursachte Schädelbruch, sammt dessen unmittelbaren und mittelbaren nothwendigen Folgen die einzige und mehr als vollständige Ursache des Todes gewesen sey, und daß die Verletzung für per se lethal zu erkennen wäre. Nun hat aber Inquisitin ad Art. 167. 168. 171. 172. eingeräumt, daß sie mit der Hacke, die sie verkehrt am Stiel gehalten, so daß solche mit dem Ohr auf den Kopf gefallen sey, ihrem Mann zwey Schläge auf den Kopf gegeben habe, der-

gestalt, daß sie ihn den ersten Schlag, da er noch an ihrer auf den Boden gelegenen Mutter gewesen, rücklings auf den Kopf gegeben, den andern aber, als er sie selbst wieder anpacken wollen, und ihr das Gesicht zugekehrt, vorwärts auf den Kopf versetzt habe, welche Beschreibung vom zweyten Schlag mit dem viso et reperto, nach welchem sich der Hauptschlag mit einer Hacke an der Stirne befunden, übereinstimmt. Insonderheit gesteht Inquisitin ad Art. 172. 173. S. 158. 159., daß sie überzeugt wäre, ihrem Mann den härtesten Schlag, worauf es geblutet, nämlich die vordere Wunde gegeben zu haben. Eine Nothwehr scheint sie nicht zu entschuldigen, weil sie nach ihrer Angabe ad Art. 112t sobald die Haubenbänder entzwey gewesen, sich wieder aufgemacht, mithin von ihrem Mann schon los gewesen, als sie ihm den ersten Schlag versetzt hat. Ihr Mann hat auch, sowohl nach dem Zeugniß der Dienstmagd ad Art. 157. Int. 51. als der Inquisitin eigenen Geständniß ad Art. 176. kein Instrument in der Hand gehabt, das er zum Angriff, oder Wehr hätte gebrauchen können.

§. 6.

Indessen hat Inquisitin standhaft geläugnet, gelacht zu haben, als sie ihren Mann zum Essen gerufen, und behauptet, daß die Magd nicht einmal in der Nähe gewesen, sie ist auch bey der Confrontation dabey geblieben. Wenn sie aberauch gelacht haben sollte, so folgt dar-

daraus nicht, daß sie die Streitigkeiten veranlaßt habe, zumal die Magd, daß sie ihren Mann ausgelacht, nicht behauptet, und der Streit nicht über dieses Lachen, sondern über das Stossen der Mutter entstanden ist. Der Inquisitin, als einer gemeinen Bauersfrau, war der in der Küche gebrauchte harte Ausdruck zu gut zu halten, wenn man bedenkt, daß sie durch die Mißhandlung ihrer Mutter und den mit dem Mann schon in der Stube gehabten Wortwechsel, gereizt worden ist, vielmehr ergab sich aus den Acten, wie aus der vorausgeschickten Geschichtserzählung abzunehmen, überzeugend, daß der Inquisitin Ehemann der unstreitige alleinige auctor rixae gewesen sey. Was die dem Schißer zugefügten Verwundungen betrift, so kommen in dem viso et reperto ganz besondere, sehr erhebliche Umstände vor, und zwar a) daß der Schedel des Entleibten, besonders das Stirnbein ungewöhnlich dünne, mehrere Stellen desselben beynahe, und eine wirklich durchsichtig gewesen, so daß ein Schedel von natürlicher Dicke von der nämlichen Gewalt wahrscheinlich nicht zerbrochen seyn würde; b) daß der Verstorbene, wie durch die Aussagen der Zeugen erwiesen war, vor der empfangenen Verletzung betrunken und in heftigen Zorn gewesen, vor und nach dem ersten Verband wieder Brandwein getrunken, der fortgesetzte Genuß hitziger Getränke und der fortdauernde Zorn aber den höchstmöglichen Trieb des Blutes nach dem durch die Erschütterung geschwächten Gehirn und demnach dessen

heftigste Entzündung bewirken müssen, welche ohne diesen unglücklichen Zusammenfluß von Umständen wohl schwerlich in der Maaße erfolgt seyn würde; c) daß die Trepanation nicht frühe genug bewerkstelliget worden, d) daß ein gegründeter und schwerlich lösbarer Zweifel vorhanden sey, ob die befundenen Erscheinungen, die sonst eine absolute Lethalität anzeigen, als nothwendige und unmittelbare, auch unabwendbare Folgen der Verletzung selbst, oder der nachher hinzugekommenen Umstände angesehen werden mögen, folglich e) die Verletzung für per se lethalis zu erkennen, der wirklich erfolgte Tod aber den äußern Umständen und der unvermeidlichen Unvollkommenheit der Hülfe zuzuschreiben sey. Es war also die dem Schißer auf dem vordern Kopf zugefügte und als die hauptsächlichste betrachtete Verletzung, im eigentlichen und rechtlichen Verstande keine schlechterdings tödliche Verletzung, weche durch dienliche Hülfsmittel nicht hätte abgewandt werden können.

Kochs Institutiones iuris criminalis §. 423.

Ploucquets Abhandl. über die gewaltsamen Todesarten §. 11.

Baumers Medicina forensis pag. 221. §. 5.

besonders, da nach der am 21. Sept. erfolgten Verwundung der Tod erst am 30. d. M. erfolgt ist.

Ludwigs Institutiones medicinae forensis §. 206.

§. 7.

§. 7.

Es ist bekannt, daß ein bloßes Geständniß eines Verbrechers nicht hinlänglich ist, sondern solches durch andere Umstände und Argumente unterstützt werden muß;

von Böhmers Observationes ad Carpzov. ad Qu. 114. Obs. I.

G. J. F. Meisters principia iuris criminal. §. 412.

Das Geständniß der Inquisitin, daß sie diejenige gewesen wäre, welche ihrem Ehemann den härtesten Schlag vorn am Kopf zugefügt, steht überdem mit der eydlichen Deposition der Magd Verneulerin in offenbarem Widerspruch, denn diese behauptet, daß der Schlag, welchen der Schißer von dem Schad bekommen, weit härter aufgefallen, als die zwey Schläge, welche ihre junge Frau gethan habe, besonders versichert sie, daß die Schißerin ihren Mann nicht auf den vordern Theil des Kopfs getroffen, sondern der Schad denselben Schlag vornenhin versetzt habe. Dieser Widerspruch war, aller Bemühungen des Gerichtes und der angestellten Confrontation ungeachtet, nicht zu heben, zumal da verabsäumt worden ist, den Schißer selbst, als er noch am Leben war, wozu es an hinlänglichen Zeitraum nicht gefehlt hat, gerichtlich zu vernehmen, da es doch eine unerläßliche Pflicht des Richters ist, einen Verwundeten noch zur rechten Zeit wegen des

Thäters und aller Umstände fleißig zu befragen, und dessen Aussage gehörig protocolliren zu lassen.

Knorre Anleitung zum gerichtlichen Proceß z. B. 10. Hauptst. §. 12.

Der Inquisitin gereicht ferner zur Entschuldigung, daß sie unmittelbar vorher, ehe sie ihren Mann geschlagen, von demselben auf die in der Geschichtserzählung angegebene abscheuliche Art, mißhandelt worden ist, so daß er sie wahrscheinlich erdroßelt haben würde, wenn nicht die Haubenbänder zerrissen wären. Durch eine solche Behandlung gerieth sie in den heftigsten Grad des Zorns, der höchste Zorn aber, wenn er, wie hier, aus einer gerechten Ursache entspringt, muß bey der Imputation der Handlung in rechtliche Erwägung gezogen werden.

Kreßens Comment. in Constit. crim. Car. ad Art. 137. §. 2. not. 4.

MATTHAEI Comment. de criminibus Proleg. C. 2. in fine.

Granz defensio inquisitorum Cap. 6. Membr. 2. sect 2. Art. 4. num. 160.

Kleinschrods systematische Entwickelung der Grundbegriffe und Grundwahrheiten des peinlichen Rechts I. Th. §. 127.

Besonders kann von dem, welcher sich im Falle der Nothwehr befunden, nur eine nach dem Umständen mögliche Ueberlegung gefordert werden.

Kleins Grundsätze des peinlichen Rechts §. 35.

§. 8.

§. 8.

Eine Art der Nothwehr war wirklich hier vorhanden, indem die Inquisitin und die Zeugin darin einig sind, daß jene ihm den ersten Schlag gegeben, als er über ihrer auf den Boden gelegenen Mutter gewesen, um ihn von dieser wegzubringen, daß aber die zur Rettung der Eltern ergriffene Nothwehr erlaubt sey, leidet keinen Zweifel, da sie die Gesetze überhaupt zu Rettung eines andern Leib, Leben oder Gut gestatten,

C. C C. Art. 150.

Kochs Instit. iur. crimin. §. 447.

Die Inquisitin hatte von ihrem Ehemann, wenn er auch nach dem erhaltenen ersten Schlag nicht abermals auf sie losgegangen seyn sollte, als einem Menschen, der sie vorher schon so übel behandelt hatte, und, weil sie auf ihn geschlagen, in noch mehrere Wuth gerathen war, und dem sie nicht sogleich entfliehen konnte, einen neuen Angriff zu besorgen, welchen sie abzuwarten nicht schuldig war.

C. C. C. Art. 140.

Nach den wiederholten Aussagen der Verneulerin ad Art. 224. ad Art. 142. hatte Schißer seine Frau schon in der Küche mit einem Kochtopf werfen wollen, und seine äußerste Verbitterung gegen seine Frau und Schwiegermutter dadurch erprobt, daß er derselben Abends nach der Verbindung, vermöge ihrer Deposition ad Qu. 13. ad Art. 177. die Weisung gegeben, ihm Haus und Thür offen zu lassen, es müßten heute noch seine Frau

und seine Schwiegermutter sterben. Dagegen hindert nichts, daß der Schißer mit keinem Instrument bewafnet gewesen, indem persönliche Stärke und Tapferkeit des Angreiffenden den Mangel der Waffen oftmals ersetzen.

Quistorps Grundsätze des teutschen peinlichen Rechts I. Th. §. 241.

von Bergers Electa iurisprudentiae criminalis Cap. 2. memb. 3. §. 7.

Nun war der Schißer Actenmäßig ein starker robuster Mann, der nach dem Zeugniß des Zeugen Schneiders für einen Mann paßirt hat, der gern zuschlage, und gegen den Jäger Johann Seifert sich gerühmt hat, daß wenn er sich hätte rächen mögen, er seine Frau und Schwiegereltern hätte tod schlagen wollen. Uebrigens ist Inquisitin beständig dabey verblieben, daß sie ihren Mann nicht mit Vorsatz so gefährlich verwunden wollen. In Hinsicht auf diese Gründe, und weil sie ohne ihr Verschulden sehr lange Zeit im Gefängniß bleiben müssen, wurde ihr der bisher erlittene lange Arrest, zur Strafe wegen ihres Exceßes angerechnet, und sie mußte die Untersuchungskosten, soviel ihre Person betrift, bezahlen.

§. 9.

Anlangend B) den Mitinquisiten Johann Georg Schaden, 62 Jahr, so glaubte der Defensor, daß des Inquisitens erste Erzählung, daß ihm, als er

auf

auf das Geschrey der Weibsleute von der Kühne herunter zu Hülfe eilen wollen, sein Schwiegersohn, mit der Axt ihm bedrohend, entgegen gekommen und zurückgehalten habe, mehr Glauben, als sein nachheriges Bekenntniß verdiene, zu welchem derselbe durch die Besorgniß, einen langwierigen Arrest ausstehen zu müssen, durch vermuthliches Zureden des Untersuchungsrichters, und Liebe zu seiner Tochter, die er nicht allein stecken lassen, sondern lieber einen Theil der Schuld auf sich selbst übernehmen wollen, möge bewogen worden seyn, zumal sein Geständniß mit der Angabe seiner Tochter, die ihn bey der Schlägerey gar nicht gesehen haben will, in Widerspruch stehe. Hierzu komme, daß der Schißer bey dem fürstl. Amt nur seine Frau und Schwiegermutter, als diejenigen angegeben, welche ihn geschlagen, und gegen den Chirurg Knittel, der ihn befragt, ob sein Schwiegervater auch geschlagen, solches verneint, gegen den Wirth Schweinsberger ebenfalls geäußert, daß nur seine Weibsleute an ihm gewesen, und eben so gegen den Seiffert, daß sein Schwiegervater ihn blos bedroht habe, erklärt hat. Hingegen schien auf der andern Seite Inquisit theils wegen seines langen Läugnens, theils, weil er gestehen mußte, daß er die Dienstmagd Verneulerin gebeten habe, ihn nicht zu verrathen, daß er mitgeschlagen habe, und ihr ein Kleid von seiner Tochter zu geben versprochen, sehr gravirt zu seyn, daß er seinem Schwiegersohn die Hauptwunde zugefügt habe, wenn er gleich

ad Art. 90—112. nur soviel gestanden hat, daß er seinen Tochtermann mit der flachen Schippe und zwar mit der Seite, wo der Stiel über die Schippe hergehe, auf dessen Kopf, hinten, geschlagen habe. Denn die Verneulerin behauptet, daß Inquisitens Schlag viel härter aufgefallen wäre, als die zwey Schläge, welche die junge Frau gethan, und daß Inquisit demselben die tödliche Wunde verursachet, indem er ihn mit dem scharfen, oder schneidigen Theil der Schippe getroffen habe.

§. 10.

Allein von unerlaubten Zuredungen des Richters, wodurch Inquisit zum Geständniß sollte bewogen worden seyn, fand sich in den Acten nichts. Ein Bestreben seine Tochter nicht stecken zu lassen, konnte bey Inquisiten ein Beweggrund, sich selbst, als einen Mitschuldigen zu bekennen, um so weniger gewesen seyn, als er vielmehr ad Art. 92. für sich anführet, daß seine Tochter habe eingestehen müssen, daß sie ihrem Mann die härteste Wunde versetzt habe. Eben so wenig konnte bey dem klaren Geständniß des Inquisiten, selbst zugeschlagen zu haben, welchem die eidliche Außage der Dienstmagd beytritt, etwas darauf, daß seine Tochter ihn bey der Schlägerey nicht gesehen haben will, ankommen, so wie auch, daß der Schißer bey seiner dem Amte gemachten Anzeige den Inquisiten nicht genannt hat, nichts bewieß, da wie

schon

schon gedacht, derselbe nicht gehörig vernommen worden ist, und wenn gleich der Schißer gegen die obgedachten Zeugen davon, daß Inquisit ihn mitgeschlagen habe, nichts erwähnt, so hat er doch gegen seine Eltern, vermöge deren Depositionen allerdings geäußert, daß ihm sein Schwiegervater mit der Schippe einen Schlag auf den Kopf versetzt hätte. Ueber die Art, wie Inquisit seinen Tochtermann geschlagen, und besonders über die Frage, wer ihn den härtesten Schlag zugefügt, herrschte, wie schon gedacht, in den Acten ein nicht zu hebender Widerspruch, indem Inquisit seines Orts

ad Art. 81. 82. 86. 120. 121.

vorgab, daß wie er gekommen, sein Tochtermann die Weiber habe gehen lassen und auf ihn losgegangen und etliche Schritte von ihm abgewesen sey, als er demselben in der Angst den Schlag versetzt habe, wobey sein Tochtermann sich ein wenig gebückt hätte. Zwar äußerte, Inquisit bey der Confrontation, als die Zeugin ihm in das Gesicht gesagt, daß der Schißer noch an ihrer alten Frau gewesen, als Inquisit ihm den Schlag versetzt habe, daß es die Magd am besten gesehen haben müsse; er fügte aber hinzu, er meine doch, daß sein Tochtermann eben die Weiber hätte gehen lassen, und auf ihn zugegangen wäre, als er den Schlag gethan habe. Er blieb übrigens

ad Art. 87. 95. 117. 120. 123.

standhaft dabey, daß sein Schlag nicht so hart gewesen,

daß er seinen Tochtermann viel gethan haben sollte, und daß er überzeugt sey, ihm den härtesten Schlag nicht gegeben zu haben. Insonderheit läugnete Inquisit

ad Art. 92. 121.

schlechterdings, und mit Betheuerungen, daß er mit dem scharfen Theil der Schippe geschlagen habe, worauf er auch bey der Confrontation mit dem Beysatze beharrete, daß er, wenn er mit der Schärfe geschlagen hätte, seinen Tochtermann gleich auf der Stelle getödet haben würde. Da also der Urheber der eigentlich tödlichen Wunde nicht heraus zu bringen war, so konnte ohnehin nur eine willkührliche Strafe statt finden.

C. C. C. Art. 148.

Stelzers Lehrbuch des teutschen Criminalrechts §. 455.

Man mag nun annehmen, daß der Schißer auf Inquisiten, nach dessen Erzählung zugegangen, oder die Versicherung der Zeugin Verneulerin, daß der Schißer, wie er den Schlag bekommen, eben des Schads Frau auf der Erde gehabt, zum Grunde legen, so kam in jedem Fall dem Inquisiten die Einrede der Nothwehr, es sey nun für sich, oder für seine Ehefrau, ebenfalls zu statten. Da übrigens Inquisit durch den langen unverschuldeten Arrest sein Vergehen auch schon genug gebüßet hatte, so wurde ihm der bisher erlittene Arrest

zur

zur Strafe angerechnet, und derselbe seinen Antheil an den Untersuchungskosten zu bezahlen erklärt.

§. 11.

Gegen die Elisabeth Schadin 59 Jahr alt war zwar Anfangs Verdacht vorhanden, indem der Schißer bey Amt angezeigt, daß seine Frau und seine Schwiegermutter mit Hacke und Schippe über ihn gewesen, und ihn am Kopf verwundet hätten, er hat auch gegen den Schweinsberger, daß ihn seine Weibsleute so tractirt hätten, und gegen den Seiffert, daß er von seiner Frau und seiner Schwiegermutter die Schläge bekommen, geäußert; er hat ferner zu dem Chirurg Knittel gesagt, daß die Schwiegermutter mit einer Schippe auf ihn geschlagen, und seinen Eltern geklagt, daß ihn seine Schwiegermutter mit einer Ofengabel auf den Kopf geschlagen habe. Es hat aber bey wirklich angestellter Untersuchung die Sache sich anders befunden. Nicht nur die Mitinquisiten bezeugten ihre Unschuld, sondern auch die Dienstmagd Verneulerin versicherte, daß sie die Schadin nicht schlagen gesehen, auch nicht wahrgenommen, daß sie etwas zum Schlagen in den Händen gehabt habe. Sie wurde also für ganz unschuldig erklärt.

L.

Rechtliches Gutachten über die Ehe eines Reichsritters mit einer Person von niedrigen Stande.

§. 1.

Der Freyherr von G. zu M. lebte mit einer gebohrnen von G. bis zum 5ten Aug. 1789. in einer kinderlosen Ehe. Während dieser Ehe wurde eine gewisse P., die bey ihm als Köchin in Diensten gestanden, erwiesener maßen von ihm schwanger. Ihr folgte im Dienst ihre Schwester M. B. P., die Tochter eines Beckers, welche eine wegen ihrer lüderlichen Lebenswandel in ihrem Geburtsort berüchtigte Weibsperson gewesen seyn soll, und mit welcher er gleichfalls einen sehr vertrauten Umgang unterhalten hat. Sie wurde bald schwanger, gab zwar damals, vermöge Extracts des Taufbuchs und des Todenscheins des wieder verstorbenen Kindes, den Handelsmann J. F. C. W. zum Vater des Kindes an, wollte aber nachher die Patereität auf vorgedachten Freyherrn von G. wälzen. Um der Eifersucht der Frau von G. auszuweichen, setzte sie ihre Besuche bey dem Herrn von G. nur in der Stille fort, lebte öft mehrere Tage versteckt auf benachbarten Gütern desselben, und wußte sich gleichwohl verkleidet selbst ins Schloß einzuschleichen. Sie wurde nun abermals schwanger und

gebar

gebar eine noch lebende Tochter, Namens C. L. C., zu deren Vater ſich der Herr von G. bekannte. Seitdem ſoll ſie, unterhalten von demſelben, in der Welt herumgeſchwärmt und eine Landſtreicheriſche Lebensart geführt haben, dergeſtalt, daß, weil ihre lüderliche Lebensweiſe kein Geheimniß geblieben, ihr nicht ſelten der Auffenthalt an verſchiedenen Orten von Policeywegen unterſagt worden iſt. Sie ſoll auch noch ein drittes Kind zur Welt gebohren haben, wovon aber zur Zeit noch kein hinreichender Beweis hat beygebracht werden können.

§. 2.

Nach dem Tode der Frau von G. wurde ſie von ihrem damaligen Auffenthaltsort hergeholt und in das Schloß eingeführt. Herr von G. überließ ihr die Freyheit ſich in Regierungsangelegenheiten zu miſchen und da ſoll ſie, unter ſeiner Begünſtigung, manche unerlaubte Handlungen begangen haben. Endlich ließ er ſich mit ihr copuliren und aus einem von dem Prediger des Orts ausgeſtellten Atteſtat ergiebt ſich, daß dieſe Copulation zu Nachtzeit bey Licht, ohne Zuziehung von Zeugen verrichtet worden, und der Prieſter kann nicht einmal beſtimmt angeben, ob er dieſe Perſonen zur rechten, oder zur linken Hand getrauet habe. Es iſt auch dieſe Ehe weder dem betreffenden Rittercanton noch den Herren Agnaten notificirt worden. Nach dem erfolgten Tode des Frey-

Herrn von G., welcher ein noch nicht eröffnetes Testament hinterlassen hat, gerirte sich dessen Frau als rechtmäßige Wittwe. Hingegen setzten sich die nächsten Agnaten nicht nur in den Besitz der ihnen anerstorbenen Mannlehen und Stammgüter, sondern auch eines Kunkellehens, womit der Verstorbene von dem Kurfürsten von Mainz, sie selbst aber mit dessen Hälfte schon zuvor belehnt waren, und des ganzen Allodialvermögens. Zu gleicher Zeit mutheten dieselben dieses Kunkellehen und wenige Wochen nachher geschahe das nämliche von der Wittwe, als Vormünderin ihrer minderjährigen Tochter. Nun wollten die Herren Agnaten über folgende Fragen des Rechtens belehrt seyn.

§. 2.

Erste Frage;

Ist die ohne Zeugen geschehene Trauung des Herrn von G. mit der M. B. P. für schlechterdings ungültig zu achten, zumal da der trauende Prediger nicht angeben kann, ob er diese Personen zur rechten oder zur linken Hand getrauet habe?

Nun ist es zwar in der protestantischen Kirche allerdings der Ordnung gemäs, daß die Trauung in Gegenwart von Zeugen geschieht,

Böhmers principia iuris canonici §. 345.

Schotts Einleitung in das Eherecht §. 162.

Dabelows Grundsätze des allgemeinen Eherechts der deutschen Christen §. 128.

daher auch der Regel nach Copulationen öffentlich in der Kirche vorgenommen werden sollen,

Carpzovs iurisprudentia consistorialis Lib. 2. Def. 143.

Deylings institutiones prudentiae pastoralis P. 3. Cap. 7. §. 20.

und wenn sie privatim geschieht, so sind gleichfalls Zeugen erforderlich, damit der Vorwurf der Clandestinität vermieden werde;

Hochmanns comment. de benedictione nuptiarum Cap. 5. §. 36.

Es hängt aber doch nach den Grundsätzen des protestantischen Kirchenrechts die Gültigkeit einer Ehe lediglich von der priesterlichen Einsegnung und davon ab, daß beyde Theile die Einwilligung in die Ehe zu treten, bey der Handlung der priesterlichen Einsegnung erklärt haben,

Böhmers Ius ecclesiasticum Protestantium Tom. III. Lib. 4. Tit. 3. §. 45.

Brückners decisiones iuris matrimonialis Cap. 2. num. 16.

Hingegen ist die Gegenwart von Zeugen kein wesentliches Stück der Copulation und solche bleibt in deren Ermangelung dennoch kräftig,

Langens geistliches Recht II. Th. S. 177.

indem die Zeugen nur grösserer Solennität wegen gebraucht werden,

Fleischers Einleitung zum geistlichen Rechte 2. B. 8. Hauptst. §. 16.

auch zum Beweis der Handlung nicht unumgänglich nöthig sind, da solcher durch den Trauschein geführt werden kann, und der copulirende Pfarrer die Trauung auf gehörige weise in das Kirchenbuch einschreiben muß.

Schotts Einleitung in das Eherecht S. 347.

Wenn eine Trauung nicht ordnungsmäßig geschehen, so kann zwar eine Bestrafung wegen übertretener Kirchenordnung statt finden, demungeachtet aber besteht die Ehe selbst.

Lobethans Einleitung zur theoretischen Eherechtsgelahrtheit 2. Th. 2. B. 3. Abschn. 3 Hauptst. §. 7.

Der verstorbene Freyherr von G. hatte auf seinem Rittergut wahrscheinlich das Episcopalrecht, in welchem Fall er sich von der Vorschrift der Kirchenordnung selbst hat dispensiren können. Es war genug, daß der Prediger, wenn er gleich nicht bestimmt angeben kann, ob er die Personen zur rechten, oder zur linken Hand getraut, doch die wirklich geschehene Copulation attestirt hat. Die Trauung des Herrn von G. mit der M. B. P. ist demnach, ungeachtet sie ohne Zeugen geschehen, für ungültig nicht zu achten.

§. 4.

Zweyte Frage.

Die zweyte Frage war:

Ist die M. B. P. pro persona vili et turpi zu achten? und ist die Stelle in der fränkischen Ritterordnung P. I. Tit. 2. pag. 17.

Wie denn auch diejenigen Cavalliere, so cum vili et turpi persona sich ungebührlich vrrheyrathen, von allen adelichen Freyheiten und Gesellschaften ipso facto excludirt seyn sollen, jedoch daß die Determination super vilitate personae Ihrer Kaiserl. Majestät vorbehalten bleibe.

auf sie anwendbar, mithin diese Ehe aus dem angeführten Grund oder überhaupt pro vero disparagio zu halten?

Es dürfte scheinen, daß diese Frage schlechthin zu bejahen sey, weil die P. die Tochter eines Landbeckers ist, die Ehe eines Reichsritterschaftlichen Mitglieds mit der Tochter eines Handwerks- oder andern gemeinen Mannes oder Baurens aber von einigen für eine ungleiche Ehe gehalten wird,

Moser von denen teutschen Reichsständen der Reichsritterschaft ꝛc. 3 B. 1. Cap. §. 19.

Sie stand Anfangs als Köchin bey dem Herrn von G. in Diensten, die Ehe mit Dienstboten aber wird gleichfalls als dem Adel unanständig angesehen.

Westphals teutsches und Reichsständiges Privatrecht I. Th. 42. Abh. §. 19.

Sie lebte überdieß mit dem Herrn von G. im Concubinat, offenbaren Ehebruch und sogar, weil er vorher ihre Schwester geschwängert, im Incest, eine solche im Ehebruch betroffene Person aber wird in dem römischen Recht für ehrlos gehalten.

L. 43. §. 12. D. de ritu nuptiar.

§. 5.

Allein die Ehe mit der P. kann darum, weil ihr Vater ein Landbäcker ist, nicht pro vero disparagio gehalten werden, indem ein verum disparagium nach dem Sinn des ächten alten teutschen Rechtes nur inter ingenuos et servilis conditionis homines existirt,

G. L. Böhmers diss. de impari matrimonio et iure liberorum ex eo natorum circa successionem feudalem §. 2.

nec hodie verum est disparagium, nisi inter ingenuos et personas serviles, reliqua matrimonia ratione status inaequalia omnino sunt valida — nisi lex provincialis, pactum familiae, aut contraria observantia adesse doceatur.

von Selchows elementa iuris germanici privati hodierni §. 311.

Nur bey dem hohen Adel, zumal eines Fürsten, ist die Ehe mit einer Person von bürgerlicher oder noch geringerer Herkunft eine Mißheyrath.

Mosers Familienstaatsrecht II Th. S. 130.
Pütter über Mißheyrathen teutscher Fürsten und Grafen S. 322.
von Selchow Elem. Iur. Ger. §. 311.
Rundes Grundsätze des gemeinen teutschen Privatrechts §. 578.

wovon aber keine Anwendung auf den niedern Adel gemacht werden kann. Insonderheit ist bey der Reichsritterschaft, außer Verträgen einzelner Familien und Cantons, worauf sich aber in dem gegenwärtigen Fall nicht bezogen worden, kein allgemeines bestimmtes Recht über Mißheyrathen vorhanden.

Pütter über Mißheyrathen S. 482. 485.

Daneben verbindet die angezogene fränkische Ritterordnung viles et turpes personas worunter bürgerliche und solchen gleich zu schätzende Personen, wenn sie erbar und unbescholten sind, nicht verstanden werden können. Es ist also die Ehe eines Adelichen mit einer Person bürgerlichen Standes im rechtlichen Verstande für keine Mißheyrath zu halten, wenn gleich die aus einer solchen Ehe erzeugten Kinder die Vorrechte des alten stiftsmäßigen Adels nicht erlangen,

Böhmer de impari matrimonio §. 20.
Strubens Nebenstunden V. Th. 36. Abh. §. 11.

Nur leibeigene Bauern und solche, welche wie Taglöhner die geringsten Arbeiten auf dem Lande mit eigner

Hand thun müssen, können unter die wahren viles personnes gerechnet werden, welches aber auf freye Bauern und auf dem Lande wohnende erbare Handwerker, die mit den Bürgern in den Städten zu vergleichen sind, keine Anwendung leidet, deren Töchter den erbaren bürgerlichen Personen gleich zu schätzen sind, und mit welchen die Ehen dem Adel nicht untersagt ist.

Westphals Privatrecht I. Th. S. 490. u. f.

Es kann also auch die Ehe eines Cavaliers, er mag nun unmittelbar oder mittelbar seyn, mit der Tochter eines freyen Bauern für kein verum disparagium gehalten werden.

von Selchows diss. de matrimonio nobilis cum viti et turpi persona §. 18. sqq.

§. 6.

Eben so wenig kann die Ehe mit der P. um deswillen pro disparagio gehalten werden, weil sie bey dem Herrn von G. eine Zeitlang Köchin gewesen, da ein solcher Mägdedienst nicht entehrend ist, sondern es kommt lediglich auf ihre Lebensart und Aufführung an,

Westphal a. a. O. S. 476.

wo aber bey der P. ihr mit dem Herrn von G. getriebener unzüchtiger Umgang nicht in Anschlag kommen kann, indem eines theils die daraus entstandene macula durch dessen Verehelichung mit ihr getilget ist, anderntheils die im Ehebruch betroffene heut zu Tage

nur

nur in dem Fall ehrlos werden, wenn sie zu einer infamirenden Strafe condemnirt worden sind.

G. L. Böhmers diss. de querela inoff. donat. fratr. §. 7.

Glücks Erläuterung der Pandecten 5ter Th. 1te Abh. S. 188.

welches von der P. nicht behauptet wird, hingegen beruht in dem gegenwärtigen Fall alles darauf, daß die der P. gemachten Vorwürfe, daß sie eine wegen ihrem lüderlichen Lebenswandel in ihrem Geburtsort berüchtigte Weibsperson sey, daß sie in der Welt herumgeschwärmt und eine landstreicherische Lebensart geführt, und daß ihr wegen ihrer lüderlichen Lebensweise nicht selten der Auffenthalt an verschiedenen Orten von Policeywegen untersagt worden, wie Recht erwiesen werden, welches vor allen Dingen geschehen muß, weil in diesem Falle die Ehe mit ihr billig als eine Mißheyrath anzusehen seyn würde. Da jedoch in der fränkischen Ritterordnung des Kaisers Majestät sich die Determination super vilitate personae ausdrücklich vorbehalten haben, so ist annoch erforderlich, daß nach hergestelltem Beweis die Kaiserliche Erklärung eingeholt werde. Hieraus ergiebt sich also:

Daß wenn, wie Recht, erwiesen werden kann, daß die M. B. P. eine wegen ihrem lüderlichen Lebenswandel in ihrem Geburtsort berüchtigte Weibs-

person sey, daß sie in der Welt herumgeschwärmt und eine landstreicherische Lebensart geführt, und daß ihr wegen ihrer lüderlichen Lebensweise nicht selten der Auffenthalt an verschiedenen Orten von Policeywegen untersagt worden, und wenn Ihro Römisch Kaiserl. Majestät auf zu erstattende allerunterthänigste Anzeige, dieselbe pro vili et turpi persona erklären werden, alsdann die angezogene Stelle der fränkischen Ritterordnung auf sie anwendbar und die mit ihr getroffene Ehe des verstorbenen Freyherrn von G. für eine Mißheyrath zu halten sey.

§. 7.

Dritte Frage.

Die Beantwortung der dritten Frage:

Sind die Freyherren von G. als Lehns- und Stammfolger schuldig, der Wittib den in der Familie herkömmlichen Wittum zu reichen?

fließt aus der vorhergehenden. Denn es kommt auf den zu führenden Beweis und darauf an, ob die kaiserliche Declaration super vilitate personae nach dem Wunsch der Herren Quärenten ausfallen wird. Dieses vorausgesetzt, leidet es keinen Zweifel, daß bey wirklichen ungleichen Ehen, die Wittwe auf die gewöhnlichen Wittwenrechte keinen Anspruch hat, und allenfalls nur Alimenten fordern kann.

Mosers Familien-Staatsrecht II. Th. 16. Cap. §. 52.

Westphals teutsches Privatrecht I. Theil, S. 473.

§. 8.

Vierte Frage.

Anlangend die vierte Frage:

Ist auf die Wittwe der Rechtssatz anwendbar,

uxor sequitur forum et dignitatem mariti?

so ist zwar dieser Rechtssatz in dem römischen Recht gegründet.

L. 8. D. de Senatorib.

L. 65. D. de iudiciis.

L. 10. C. de nuptiis.

auch fehlt es nicht an ältern Rechtslehrern, welche von solchem selbst bey Mißheyrathen der Personen vom hohen Adel Gebrauch gemacht haben,

Mylers von Ehrenbach Gamologia personarum imperii illustrium Cap. 5. §. 12.

Es scheint derselbe auch mit den Grundsätzen des teutschen Rechts, vermög des Sprüchworts: Rittersweib hat Rittersrecht, übereinzustimmen, valet haec paroemia etiam in femina plebeia, marito antiquae nobilitatis nupta, nec non in vidua, quantum attinet titulos et dignitatem.

HERTIUS de paroemiis iuris Lib. 2. Par. 7.

Allein das angeführte Sprüchwort hat nicht den Sinn, daß eines Ritters oder Adelichen Ehefrau ohne alle Rücksicht auf ihre Herkunft und vorherigen Lebenswandel der Würde ihres Mannes theilhaftig werden könne, sondern es wird dabey eine standesmäßige Gemahlin vorausgesetzt,

Pütter über Mißheyrathen teutscher Fürsten und Grafen S. 23.

Estors diss. de odio in matrimonia inaequalia et restricto iure nobilitatis germanicae quod ad connubia §. 9.

und es versteht sich von selbst, daß der Ehefrau durch die Heyrath von dem Manne der Adel nicht mitgetheilt werden kann,

von Ludolfs tract. de iure foeminarum illustrium P. I. §. 9.

Eisenharts Grundsätze der deutschen Rechte in Sprüchwörtern 2te Abth. Num. 14. §. 2.

von Selchows diss. de matrimonio nobilis cum vili et turpi persona praesertim rustica §. 20.

Es ist also außer Zweifel: daß die befragte Wittwe durch ihre Ehe den Adelstand selbst nicht erlangt hat, übrigens ließ sich vor Einlangung der Kaiserl. Entscheidung, ob sie pro vili et turpi persona zu achten, nichts weiter bestimmen.

§. 9.

Fünfte Frage.

Konnte a) die im Ehebruch erzeugte minderjährige Tochter des Freyherrn von G. per subsequens matrimonium legitimirt werden, und ist sie b) zur Succeßion in dem Kunkellehen zu admittiren?

Obwohl, was den ersten Theil der Frage betrifft, nach dem römischen Rechte die im Ehebruch und Incest erzeugten Kinder nicht legitimirt werden können, weil die Legitimation nur solchen zu statten kommt, deren Eltern zur Zeit des Beyschlafs kein Hinderniß, sich zu heyrathen, im Wege steht,

§. 12. I. de nupt.

Nov. 74. Cap. 6.

Hellfelds iurisprudentia forens. §. 141.

welche Regel auch wegen der im Ehebruch erzeugten Kinder in dem

Cap. 6. X. qui filii sint legitimi.

angenommen ist.

§. 10.

Nachdem aber die in dem ältern canonischen Recht aufgestellte Lehre, daß Personen, die einen Ehebruch mit einander begangen haben, sich nicht heyrathen können, in der Folge nur auf die beyden Fälle eingeschränkt worden ist, wenn der ehebrechende Gatte noch

zu Lebzeiten des andern dem Mitverbrecher die Ehe versprochen, und wenn derselbe dem unschuldigen Ehegatten nach dem Leben getrachtet hat,

Schotts Einleitung in das Eherecht §. 99.

so ist keinem Zweifel unterworfen, daß außer diesen beyden Fällen, die adulterini und eben so auch die incestuosi, wenn die Ehe durch Dispensation gestattet werden kann, wie dieses der Fall mit der Frauen Schwester ist, durch die nachgefolgte Ehe legitimirt werden.

J. H. Böhmers diss. de legitimatione ex damnato coitu natorum §. 8. 32.

Struks Usus modernus Pandect Lib. I. Tit. 6. §. 12.

Glücks Erläuterung der Pandecten II. Th. S. 292.

Es ist also die im Ehebruche erzeugte Tochter des Freyherrn von G. per subsequens matrimonium allerdings legitimirt worden. Sobald man nun zugiebt, daß heut zu Tage dergleichen Kinder der Legitimation durch die nachgefolgte Ehe fähig sind, so scheint kein Zweifel vorzuwalten, daß die Tochter des Freyherrn von G. zur Succeßion in dem befragten Kunkellehen zuzulassen sey, indem die ex matrimonio inter ingenuos diversi ordinis, wie die eines nobilis cum ingenua inferioris ordinis erzeugten Kinder von der Lehenssuccession nicht auszuschließen sind.

Bbh.

Böhmers diff. de impari matrimonio §. 15. 20.
von Wernhers Select. Obſerv. forenſ. Tom. II.
P. 8. Obſerv. 466.

Bekanntlich behaupten ſehr viele ältere und neuere Rechtslehrer, daß die per ſubſequens matrimonium legitimati, weil ſie die Rechte der ehelichen Kinder haben, allerdings in Lehen ſuccediren können,

Gail Obſerv. Lib. 2. Obſ. 141. num. 1. ſq.
Roſenthals tract. iur. feud. Cap. 7. Concl. 18.
Schraders tract. feudalis P. 7. Cap. 5. num. 21.
Carpzovs iurisprud. forenſ. P. 3. Conſt. 28.
Def. 17.
Stryks tract. de ſucceſſione ab inteſtato Diſſ. I.
Cap. 3. §. 27.
von cocceji ius civile controverſum Lib. I.
Tit. 6. Qu. 17.
Hommels Rhapſ. Vol. III. Obſ. 455. 474.
Böhmers principia iuris feudalis §. 123.
Schnaubert's Erläuterung des Lehenrechts
2te Fortſetz. S. 384. u. f.

dergeſtalt, daß dieſe Meinung pro interpretatione fere uſuali des Longobardiſchen Lehenrechts gehalten wird.

Pütters primae lineae iuris privati principum
ſpeciatim Germaniae §. 27.

Es ſind auch Beyſpiele vorhanden, daß der kaiſerl. Reichshofrath Kinder, die per ſubſequens matrimonium

legitimirt worden, in poſſeſſorio ſowohl in Lehen, als in Allodial Stammgütern geſchützt hat.

von Neumanns Comment. de patria poteſtate et tutela principum Lib. I. Tit. 5. §. 71.

§. 11.

Demungeachtet kann die vorgedachte Tochter die Succeſſion in dem Lehen quaeſt. nach gemeinen Lehenrecht nicht verlangen. Sollte ihre Mutter pro turpi vel vili perſona erklärt werden, ſo verſteht ſich von ſelbſt, daß eines Adelichen mit einer dergleichen Perſon außer der Ehe erzeugte Kinder, wenn ſie gleich per ſubſequens matrimonium legitimirt werden, keine Lehensſucceſſion haben.

Reinharths Obſerv. ad Chriſtin. Vol. III. Obſ. 32.

Wenn aber auch dieſe Erklärung nicht erfolgen würde, ſo entſcheidet der Text

2 F. 26. §. 10.

naturales filii, *licet poſtea fiant legitimi*, ad ſucceſſionem feudi, nec ſoli, nec cum aliis admittuntur, und was hier von naturalibus ſiliis vorkommt, iſt nothwendig auch von den in Ehebruch und Inceſt erzeugten und legitimirten Kindern zu verſtehen.

von Senkenbergs primae lineae iuris feudalis §. 306.

Da dieser Text sich ganz allgemein ausdrückt, und zwischen legitimatis per subsequens matrimonium und denen per rescriptum principis keinen Unterschied macht, ohnehin auch der Natur der Lehen gemäs ist, daß nur solche, die von dem ersten Erwerber in ordentlicher Ehe abstammen, succediren können, so ist nicht einzusehen, wie dem Lehenherrn und den Agnaten ihr aus dem Gesetz erworbenes Recht, die außer der Ehe gebohrnen von der Succeßion auszuschließen, durch die Legitimation genommen werden kann. Die vorhin angeführte sogenannte usualis interpretatio, als den deutlichen Worten des Gesetzes entgegen, verdient keine Betrachtung, daher sie auch von mehrern Rechtslehrern verworfen, und daß die legitimati per subsequens matrimonium ausgeschloßen seyn, mit Grund behauptet wird.

Bauers diss. de successione legitimatorum per nuptias exsule in feudis. Lipsi. 1734.

Ayrers progr. de exclusione legitimatorum a successione feudali Goettingae 1755.

Fleischers institutiones iur. feudalis Cap. 7. §. 48.

Struvs elementa iur. feud. §. 209.

Möllers distinct. feudales Cap. 15. Dis. 2.

Mosers Einleitung zu dem R. Hofrathsproceß 3. Th. 3. Cap. §. 13.

von Pufendorfs Observ. iur. universi Tom. I. Obs. 90.

Strubens rechtliche Bedenken III. Th. 53. Bd.
Püttmanns Observat. iuris feudalis Cap. 22.
Ebend. elementa iuris feudalis §. 315.
Glücks Erläuterung der Pandecten 2ter Th.
S. 324.
Hoppenstedt in der Ausgabe von Böhmers princ. iur. feud. S. 97.

Indessen ist die gegenseitige Meinung bey verschiedenen Lehenhöfen angenommen worden, der befragten Tochter würde demnach die Succession gleichwohl zustehen, wenn bey dem Lehenhof, wovon das Lehen dependirt, es sey nun vermög einer eigenen Constitution, oder eines gültigen Herkommens, die per subsequens matrimonium legitimirten Kinder für Lehens succeßionsfähig gehalten werden.

§. 12.

Sechste Frage.

Sind die Freyherren von G. in dem bereits ergriffenen Besitz des Kunkellehens bis zu Ausgang des darüber entstandenen Rechtsstreits zu manuteniren?

Diese Frage ist billig zu bejahen. Denn die Freyherren von G. sind die nächsten Agnaten des Verstorbenen, und haben, soviel sich aus der Geschichtserzählung abnehmen läßt, den Besitz des Lehens ruhig ergrif-

griffen. Wenn der Besitz erlediget ist, so findet bey gesetzlich angefallenen Erbschaften auch in Ansehung der Lehengüter die Besitzergreifung Statt, und derjenige, welcher den Besitz zuerst ruhig ergriffen hat, wird bey solchen geschützt.

Claproths Einleitung in sämmtliche summarische Proceße §. 180. 182.

Bey Lehenanwartschaften hat auch derjenige den Vorzug, welcher zuerst den Besitz des Lehens auf rechtmäßige Weise erlangt hat.

von Spangenbergs Versuch einer systematischen Darstellung der Lehre vom Besitz §. 155.

Die Herren Quärenten haben ferner das Lehen zuerst gemuthet, welches von der Wittwe, als Vormünderin ihrer Tochter erst einige Wochen nachher geschehen ist. Sie haben die deutliche Vorschrift des longobardischen Lehenrechts, welches alle legitimirten Kinder von der Lehenssuccesßien ausschließt, für sich, und daß ein anders bey dem befragten Lehenhof Rechtens sey, muß erst bewiesen werden. Wenn sie die der Mutter gemachten Vorwürfe beweisen, so können sie hoffen, daß sie pro vili et turpi persona erklärt werden wird, in welchem Fall der Tochter die Legitimation nicht einmal etwas helfen kann.

§. 12.

§. 13.

Siebente Frage.

Die siebente Frage gieng endlich dahin:

Liegt den Freyherren von G., als Succeßoren in den Mannlehen und Stammgütern, die Verbindlichkeit ob, der im Ehebruch erzeugten Tochter, sie mag in dem Kunkellehen succediren oder nicht, das in der Familie herkommliche Heyrathsgut und bis zu ihrer Verheyrathung Alimente zu reichen?

Adelichen Töchtern, die von der Succession in den Lehen- und Stammgütern ausgeschlossen sind, gebührt das Heyrathsgut und bis zu ihrer Verheyrathung die Alimente statt alles Erbtheils und gleichsam als Pflichttheil.

Claproths Einleitung in sämmtliche summarische Proceße S. 414.

von Cramers Observat. iur. universi Tom. I. Obs. 22.

Wenn nun nach erfolgter Kaiserl. Determination super vilitate der mehrgedachten Wittwe die Ehe für eine Mißheyrath erklärt werden sollte, so könnte zwar ihre Tochter auf das in der Familie herkommliche Heyrathsgut und Alimente keinen Anspruch machen. Sollte aber ihr Vater in dem noch nicht eröffneten Testament ihr aus seinem Vermögen, worüber er disponiren konnte, keinen hinlänglichen Unterhalt verschaft

haben, so würde ihr Gesuch doch nicht ungegründet, und die Alimenten und Dotirung den Umständen nach zu bestimmen seyn. Denn schon blos natürliche, nicht legitimirte Kinder können aus dem Allodio ihres Vaters die natürlichen Alimenten fordern.

Nov. 89. Cap. 12. §. 6.

welches auch von adulterinis und incestuosis gilt.

Moser de legitima S. R. I. statuum liberorum §. 29.

Pütters primae lineae iur priv. princ. §. 28.

Eben dieses ist auch von der Dotirung zu sagen, weil solche ein Surrogat der Alimenten ist.

Mosers Familien-Staatsrecht. II. Th. 17. Kap. §. 107.

Bayerische Staatsbibliothek München

Druckfehler.

S. 105. Z. 24 ist statt bestärkt wird zu lesen bestärkt. S. 306 muß statt XLIIX. heißen XLIX. S. 308 Z. 5 statt Kien l. Kinn.

Fuch

Bayerische StaatsBibliothek
Münchener DigitalisierungsZentrum Digitale Bibliothek

Geiger, Johann Burkhard,

Merkwürdige Rechtsfälle und Abhandlungen aus allen Theilen der Rechtsgelehrsamkeit mit beygefügten Urtheilen und Gutachten der Erlangischen Juristenfacultät
Bd.: 3

Erlangen (1806)

Decis. 43-3
urn:nbn:de:bvb:12-bsb10396899-4
VD18 12790141